DOMINICI AULISII ... COMMENTARII AD TITT. PANDECTARUM: DOMINICI AULISII ... COMMENTARIORUM...

Digitized by Google

B 5
3
427
BIBLIOTECA NAZIONALE
CENTRALE - FIRENZE

R. BIBLIOTECA NAZIONALE CENTRALE
FIRENZE

LIBRI
DONATI DAL
DOTTOR ANNIBALE GIULIONI
GIURISTA
Nato a Firenze il 7 Febbraio 1807
e morto il 1º Dicembre 1895 in Firenze.

16 Maggio 1896

DOMINICI AULISII

JC. CLARISSIMI,

Et in Neapolitano Gymnaſio Juris Civilis Interpretis celeberrimi

COMMENTARIORUM

JURIS CIVILIS AD TITT.

SOLUTO MATRIMONIO, QUEMADMODUM DOS PETATUR.
DE PIGNORIBUS, ET HYPOTHECIS.
DE BONIS MATERNIS, ET MATERNI GENERIS.
DE OFFICIO EJUS, CUI MANDATA EST JURISDICTIO.
DE EDENDO.
DE TRANSACTIONIBUS,
DE VULGARI, ET PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

TOMUS ALTER.



NEAPOLI MDCCLXXVI.

EXPENSIS JOSEPHI DE LIETO.
SUPERIORUM PERMISSU.

Digitized by Google

B 5. 3. [illegible]

Digitized by Google

DOMINICI AULISII

JC. CLARISSIMI

COMMENTARIUS AD TITULUM

Soluto Matrimonio, quemadmodum dos petatur.

ad *lib.*24. *Digeſtorum tit.* 3.

QUatuor numero ſunt, quæ in præſenti Rubrica habentur, quorum tria ſupponuntur, ut explicata jam ſupra in antecedentibus titulis, unum vero tractatur hic, & explicatur. Quippe primo ſupponuntur modi, quibus matrimonium initur, expoſiti *lib.* 23. *tit.*11. *De ritu Nuptiarum*. Ita pariter modi, quibus matrimonium ſolvitur, de quibus in præcedenti *tit. De Divortiis*. Supponitur tandem tractatio *De Dote*, quæ explanata eſt *lib.*23. *tit.* 3. qui eſt *De jure dotium*. Id vero, de quo hic agitur, eſt. *Quemadmodum dos petatur*, id eſt, quibus actionibus, per quas perſonas, a quibus, in quantum, & hujuſmodi alia, ut hic docet Accurſius *v. quemadmodum*. Interpretes tamen, more per manus tradito, multa pro explicatione Rubricæ huc cogerunt de matrimonio, de ſolutione matrimonii, & de dote; quorum nonnulla nos etiam attingere operæ pretium erit.

SOLUTO MATRIMONIO.

Pars Prima Rubicæ

JUre Romano tria uxorum genera erant, farre, uſu, coemtione, ut Cicero in *Topicis cap.*14. diſtinguit, Sigonius 1. *de jure*

Digitized by Google

Civium Romanorum 9. Contius 2. *lect.*10. Rævardus 4 *variarum* 16.

I. Coemtione, cum nubens mulier aſſem, quem manu tenebat emendi cauſa, marito dabat. Ex quo duo oriebantur, ut uxor marito coemto ſua heres fieret: & conſequenter ut in manu mancipioque, id eſt, poteſtate, & familia mariti eſſet, Varro, & Gellius 18. *N.A.* 6. Hæc recedebat a tutoris Ceſſitii poteſtate, & in manum viri conveniebat. Itaque fiebat prioris ſtatus mutatio, & erat capite minuta, Cicero in *Topicis cap.* 18. ibique Boetius.

Videntur ergo jura uxoris, & filiæfamilias exæquata, quamvis uxor non filiafamilias, ſed materfamilias diceretur, Gellius *loc. cit.*

Ex quibus plura tamen jure noſtro obſcura facile colliguntur.

Primo intelligimus, cur in *l.*1. *ff. rerum amotarum*, uxor dicatur quodammodo domina rerum mariti. Concordat *l. quamvis C. de furtis*, & *l.*4. *C. de crim. expil. hered.* Nempe id ad ſimilitudinem filiifamilias inductum eſt, qui & ipſe eſt quodammodo Dominus rerum paternarum, *l. in ſuis ff. de liber. & poſth.* Quocirca quæſitum eſt, utrum uxor amovendo bona viri, furtum committere cenſeatur. Qua in re varie certatum eſt ab antiquis Juriſconſultis. Nam, ut habetur in *d l.*1. Nerva & Caſſius negabant eſſe furtum, ex ſupradicta regula, quod uxor eſt quodammodo domina, & nemo in re ſua furtum committit. E contrario Sabinus & Proculus docebant, furtum eam facere, nixi exemplo filiæfamilias, quæ & ipſa quodammodo domina eſt, & tamen patri furtum facit, & res in furtivam cauſam cadit, *l. ſervi & filii noſtri ff. de furtis*. Quæ tamen ſententiæ conciliari poſſunt, ſi dicamus, uxorem, & filiumfamilias non committere furtum nec rei, nec uſus, quia quodammodo domini, facere tamen furtum poſſeſſionis, quæ ſolius patris, & mariti eſt.

II. Intelligimus, cur in *l.* 1. *ff. de Ritu nuptiarum*, uxor dicatur ſocia divini, & humani juris. Quod Modeſtinus accepit ex lege Romuli, quam recitant Dionyſius *lib.* 1. & Plutarcus in *Romulo*. Nam ſicuti filius, quod eſſet in familia patris, ſacra privata, ſeu gentilitia patris cuſtodire tenebatur, unde dicitur eſſe in ſacris parentum, *l. filiæ licet C. de collationibus*, *l.*3. *C. de bonis matern.* ita uxor, quia erat in familia viri, ſacra privata viri ſui recipere lege Romuli fuit adſtricta. De his ſacris meminit Cic. *de ll.* *Plinius ad Trajan. Valer.* 7. *hiſtor.*7. *Feſtus in ſacer modus*. Hoc eodem ſenſu uxor divinæ, atque humanæ domus ſocia dicitur in *l. adverſus C. de crim. expil. hered.*

III. Intelligimus, qua de cauſa uxoris votum a viro irritari poſſit, ex D. Auguſtino in *Can. noluit* 33. *q.*5. Id enim quoque eſt in filiofamilias, qui quamvis ex omnibus cauſis obligetur, ex voto tamen ſine patris conſenſu non obligatur, *l.*2. §. *voto ff. de pollicitationibus*. Cujus vera ratio redditur ab Alciato 5. *parerg.*9. quia ſcilicet votum non ſecundum jus gentium habet executionem, ſed ſecundum jus publicum, quod inter cetera, in ſacris conſiſtit, *l.* 1. *in princ. ff. de juſtitia & jure*: filius autem ſacra propria non habet, ſed in paternis ſacris eſt, *d. l. filiæ licet*. Eadem ergo de cauſa, quia uxor utitur ſacris viri, *d. l.* 1 *de Ritu nuptiarum*, propterea ſine auctoritate viri votum uxoris non conſiſtit, de qua re vide latius Sanchez 4. *ſummæ* 34. Leſſium 2. *de juſtitia* 40.

IV. Intelligimus diſcrimen inter jus civile, & prætorium; nam Prætor, altero conjuge, ſive marito, ſive uxore, ab inteſtato obeunte, nullis relictis agnatis, aut cognatis nono loco conjugem ſuperſtitem ad ſucceſſionem vocavit per bonorum poſſeſſionem Unde vir & uxor, §. *& cum de teſtatis*, *Inſtitutionib. de bonor. poſſeſſionib.* At de jure civili, marito, ſi ſine liberis, & inteſtato diem obiiſſet, uxor heres erat: ſin filios reliquiſſet, æqualem cum his partem poſſidebat, Manutius *de legibus Romanis pag.*78. quamvis & ipſa uti potuiſſet beneficio Prætoris, id eſt bonorum poſſeſſione Unde liberi. Rævardus tamen in *l. nuptias ff. de reg. jur.* opinatur, uxori per uſum competiiſſe Edictum *Unde vir & uxor*, & uxori per coemtionem Edictum *Unde liberi*.

V. Intelligimus diſcrimen inter antiquam, & mediam Juriſprudentiam: quippe ſicuti ex veteri jure pater habebat jus vitæ neciſque in filium, quod deinde ſublatum fuit, *d. l. in ſuis*. Ita marito jus necandi uxorem fuit, ſi aut impudica fuiſſet, aut venefica in liberos ſuos, aut etiam vinum ebibiſſet, ut ex lege Romuli notat Manutius *loc. cit.* Quod pariter ex media Juriſprudentia ſublatum fuit,

Digitized by Google

fuit, *l. nec in ea*, §. *ſed qui*, *ff. ad l. Jul. de adulter.*

VI. Intelligimus textum in *l. Lucius*, *ff. de fideicomm. libert.* in illis verbis: *Cum itaque Seja uxor Lucii Titii abſtinuerit ab eadem hereditate.* Ubi denotatur matrimonium fuiſſe per coemtionem initum; factamque uxorem ſuum heredem viro; nam ſui heredis eſt abſtinere, ut extranei eſt repudiare, *l. ſi ſervus communis*, *ff. de acq. heredit.* Idipſum habetur in *l. Thais*, §. *Stichus*, *ff. cit. tit. de fideic. libert.* ibi: *Cum uxor ab hereditate abſtinuerit.*

Neque huic coemtioni repugnat, quod in *l. quod ſi per eam*, *ff. de Jure dotium*, maritus non dicatur coemtus, ſed emtor; nam, ut ibidem patet, maritus vocatur emtor non reſpectu uxoris, ſed dotis, nec reſpectu dotis cujuſcunque, ſed tantum æſtimatæ; quippe inquantum ad dotem inæſtimatam, quam adhuc non recepit, maritus eſt tantummodo creditor, ut conſtat ex *l. ex promiſſione*, *ff. de action.* ibi, *Creditor*, *aut emtor.*

II. Uſu, cum mulier auctoritate tutoris Ceſſitii, ſub cujus poteſtate erat, cum viro ita conſueſcebat, ut cum juſto marito: & ſi uſus ille intra annum non interrumpebatur, mulier pro uſucapta erat; quod ſi uxor trinoctio a viro aberat, uſus interruptus dicebatur. Ita ex legibus decemviralibus refert Gellius 3. *N. A.* 2.

Ad hoc matrimonium uſu firmandum, interveniebat conteſtatio, jungi ſe liberorum procreandorum, vel quærendorum cauſa, de qua meminit Varro apud Macrobium 1. *Sat.* 12. Valerius 7. *hiſt.* 7. eaque conteſtatio Tabulis nuptialibus inſerebatur, Divus Auguſtinus 11. *de moribus Manichæorum*, illis verbis: *Ad hoc enim ducitur uxor*, *nam id etiam tabulæ indicant*, *ubi ſcribitur*, *liberorum procreandorum cauſa*. Alia congerit P. Antonius de Chavarri *par.* 1. *cap.* 6.

Verum hæc conteſtatio ſcripturam neceſſario non exigit, cum & verbis fieri poſſit, Cajus in *l.* 4. *ff. de fide inſtrumentorum*: *Et nuptiæ ſunt*, *licet atteſtatio ſine ſcriptis habita eſt*; & ſatis eſt, vicinos, alioſque ſciſſe, *l. ſi vicinis*, *C. de nuptiis*. De ea conteſtatione capiendus eſt Conſtantinus in *l. uxor*, *C. de repudiis*, ibi: *Publice conteſtatione depoſita*; & Ulpianus in *l. ſi quis ingenuam*, *ff. de captivis*, cum ait: *Eo animo ſecum habuerit*, *ut ex ea ſuſciperet liberos*. Idem Ulpianus in *Fragm. tit. de Latinis*, §. *liberis*.

Cur autem atteſtatio exigeretur, varia opinio eſt. Verius eſt, inventam fuiſſe, ne aliter ea conſuetudo potius amicæ, quam uxoris præſumtionem induceret. Ideo vero in hoc matrimonio duntaxat conteſtatio interveniebat, quia hoc ad ſolos liberos ſuſcipiendos contrahebatur; quippe in matrimonio uxor uſu manebat in ſacris patris, *d. l. filiæ licet*, & ſub patris poteſtate erat, eique acquirebat, *l. ſi uxorem* 5. *C. de conditionibus inſertis*: & patris juſſu hereditatem adibat, §. 1. *Inſtitut. de Senatuſc. Tertull.*

Et de matrimonio uſu capienda eſt lex Julia Miſcella, lata a Julio Miſcello, de qua Juſtinianus in *l.* 2. & 3. *C. de indicta vid. toll.* & in §. *qui vero*, *auth. de nuptiis*. Ea cautum fuit, ut ſi vir uxori legaſſet ſub ea conditione, ne ad ſecundas nuptias veniret, intra annum legatum capere poſſet, & nubere, ſi marito juraſſet, *Procreandæ ſobolis gratia tantum ad ſecundas migrare nuptias*, ut verba ſunt Juſtiniani in *d. l.* 2. ubi cum ait, *tantum*, palam indicat ex ea lege Julia permiſſum fuiſſe viduæ, cui ita legatum ſit, non quodcumque matrimonium inire, ſed illud unum, quod uſu celebratur; hoc enim fit *tantum* procreandæ ſobolis cauſa. Propterea non ſatis recte articulum illum, *tantum*, neglexit Antonius Auguſtinus in *legibus Juliis*.

Hæc eſt, quæ vulgaris uxor dicitur Ulpiano in *l. ſi uxor*, §. 1. *ff. ad l. Juliam*, *de adult.* cum ait, in uxore vulgari adulterium locum habere: in eadem vidua ſtuprum non committi. Opinatus eſt Alciatus 2. *parerg.* 40. Vulgarem uxorem eſſe ex adventitio vulgo, non ex cive Romana. Verius tamen eſt, eam dici vulgarem uxorem, cum qua matrimonium uſu fuiſſet contractum; nam in ea, quæ coemtione ducebatur, ubi vidua eſſet, ſtuprum locum habebat, ut intelligitur textus in *l. inter ſtuprum*, *ff. de verbor ſignif.* Ratio diſcriminis eſt, quia uxor coemtione tranſibat in familiam viri, quam etiam vidua retinet, *l. fœminæ*, *ff. de Senatoribus l. filii*, §. 1. *ff. ad municipalem*. Ut propterea nil mirum ſit, ſi etiam vidua ad caſtitatem ſervandam obligabatur, ne familiæ viri injuriam faceret; ejuſque concubitum pro ſtupro habitum eſſet, & legibus vindicatum. Quod utique in uxore uſu capta locum habere non poteſt, quæ in familiam viri non

Digitized by Google

tranſibat, Cic. in *Topicis*. Ex quo Auctore notandum etiam eſt, uxorem proprie eſſe, quæ uſu fit; nam quæ per coemtionem proprie dicitur materfamilias; tamen, quia generatim uxoris nomen utramque comprehendit, ideo diſtinctionis gratia, illa dicta eſt uxor vulgaris Ulpiano, ut pariter Suetonio in *Vitellio cap.* 2.

Hæc quoque eſt, quæ Concubina vocatur in Concilio Toletano in *Can.* 4. *diſt.* 34. cujus hæc ſunt verba: *Is, qui non habet uxorem, & pro uxore concubinam habet, a communione non repellatur: tamen ut unius mulieris, aut uxoris, aut concubinæ, ſit conjunctione contentus*. Quod etiam ait Iſidorus in *Can. ſeq.* Ubi certum eſt, pro concubina non intelligi eam, cum qua nullum eſt matrimonium; nam talem habere non licet, D. Auguſtinus in *Can. audita*, *d. diſt.* 34. Capi ergo debet de ea uxore, quæ uſu, & concubendo quæſita eſt, ſine coemtione: quæ vera uxor erat, licet non Juſta, id eſt non ſolemni ritu ducta, *d. l. ſi uxor*, *ff. ad l. Jul. de adult. l. Maſurius*, *ff. de verbor. ſignif.* vide Cujac. ad *tit. C. de concubinis*, & Merillum 6. *obſ.* 15. *& ſeq.* Hæc olim Jure Canonico non fuit prohibita. Hinc etiam eſt, quod Juſtinianus in §. *ſi quis igitur*, *auth. quibus modis naturales*, non aliud exigit, niſi dotalia inſtrumenta, ut concubina legitima uxor efficiatur: ideo ſcilicet nuptias non exigit, quia concubina jam nupta eſt uſu, licet ſine dote, quæ ſolum interveniebat in nuptiis per coemtionem.

III. Farre, ſeu Confarreatione uxor a Pontificibus ducebatur certis verbis, & teſtibus decem præſentibus, & meminit Ulpianus in *Fragm. tit.* 9. nam in celebrandis nuptiis vir & uxor eodem pane farreo veſcebantur, quo etiam victimam reſpergebant. Unde ſacræ hæ nuptiæ *Farratia* dictæ ſunt, Dionyſius in *Romulo*: & earundem ſolutio, *Diſfarratio* apud Feſtum. Hæc uxor non minus, ac coemta, conveniebat in manum viri, Ulpianus *loc. cit.*

Hujus matrimonii apud nos nullus eſt uſus, & ceſſaſſe ſuis etiam temporibus conſarreandi conſuetudinem, ſcribit Cornel. Tacitus *lib.* 4. *annal.* Verum eſt enim in lege veteri Sacerdotibus matrimonium fuiſſe conceſſum, quia ſola Tribus Levi, & Domus Aaron Sacerdotalis erat, ceteris omnibus ab hoc munere excluſis. Ne igitur Levitarum genus deficeret, reparandum per conjugia erat. At in lege nova non carnis quæritur ſucceſſio, ſed ſpiritus, translatoque Sacerdotio ad Tribum Juda, id eſt, ad Chriſtum, omnes, qui Chriſto in Sacerdotio ſuccedunt, caſtos eſſe decet, ſicut & ipſe caſtus fuit. Eſt tamen diſcrimen inter Græcos, & Latinos; nam inter Græcos maritus poteſt ad ſacros ordines ſuſcipi, nec inde ab uxore divellitur, quod Latinis non permittitur, *Can. aliter diſt.* 31. *cap. quæſitum*, *de pænitentia*, *cap. cum olim*, *de Clericis conjugatis*. De qua re vide late apud Petrum Arcudium in *concordia Eccleſiæ Occidentalis*, *& Orientalis*, *lib.* 7. *cap.* 33. & deinceps.

Putat Cujacius ad *tit. Decretalium de Cler. conjug.* Jus non admittendi maritos in Clerum fuiſſe introductum a Gregorio VII. qui anno 1073. S. P. eſt creatus. Sed falli Cujacium patet ex Concilio Carthaginenſi, celebrato poſt Conſulatum Honorii XII. & Theodoſii VIII. hoc eſt, anno Chriſti 418. in quo Fauſtinus Legatus Romanæ Eccleſiæ dixit: *Placet, ut Epiſcopus, & Presbyter, & Diaconus, & omnes, qui ſacra contractant, pudicitiæ cuſtodes, ab uxoribus ſe abſtineant.* Et ab univerſis Epiſcopis reſponſum eſt: *Placet, ut in omnibus pudicitia cuſtodiatur, qui altari inſerviunt.* Extat in Codice Canonum Eccleſiæ Africanæ *can.* 4. Quapropter recte a Lamberto monacho, cujus auctoritate utitur Cujacius, dictum eſt, id a Gregorio VII. factum eſſe ſecundum inſtituta antiquorum Canonum: & male Cujacius id verum eſſe negat.

Ex quibus omnibus ſatis conſtat, hodie nullas ferme alias ſupereſſe nuptias, niſi quæ per coemtionem fiebant. Supereſſe, inquam tam in quantum ad ſolemnitatem, cum dote coemtio fiat: quippe aſſis Cajanus erat loco imaginarii pretii, verum pretium erat dos; quam in quantum ad effectus, ut ſit juſta uxor, & tranſeat in familiam viri: hoc uno excepto, quod viro ſuæ heredis loco non eſt, & proinde in ejus poteſtatem non tranſit. Quare in quantum ad hanc partem remanent nuptiæ uſu. In noſtra tamen Urbe ex *Conſuet.* 1. *de filiaſamilias nubente*, quia filia per nuptias ſolvitur e patrio Jure, videtur etiam in hoc aſſimilari uxori per coemtionem.

Quia vero hodie ſemper uxor tranſit in familiam viri, quam etiam vidua retinet, eapropter vigere debet textus in *d. l. inter*

ſu-

Digitized by Google

ſtuprum, *ff. de verbor. ſignif.* abrogato textu in *d. l. ſi uxor*, §. 1. *ff. ad l. Juliam de adulteriis*; cum nulla hodie ſit uxor vulgaris; quamvis in foro contrarium acceptum ſit.

SOLUTO

Pars Secunda Rubricæ.

MAtrimonium Jure Civili dirimitur tribus modis, divortio, morte, captivitate, vel alia contingente ſervitute alterutrius Conjugum, *l. 1. ff. de divortiis*. Quod attinet ad captivitatem, uxor ejus, qui in hoſtium poteſtatem pervenit, non poterat ad alias nuptias migrare, niſi de marito nihil per quinquennium inauditum eſſet, *l. uxores*, *ff. cit. tit.* idque deinde Conſtantinus ad quadriennium reſtrinxit, *l. uxor*, *C. de repudiis*. Quæ omnia tamen a Juſtiniano ſublata ſunt, qui niſi morte viri comperta, uxorem alias celebrare nuptias prohibuit, *auth. hodie*, *C. cit. tit.*

Divortium fiebat in hæc verba, *Res tuas tibi habeto*, item in hæc, *Tuas res tibi agito*, *l. 2. §. 1. ff. de divortiis*. Et multæ divortii cauſæ erant, veluti ob ſacrilegium, ob inſidias alterius conjugis vitæ factas, ob adulterium, cauſaſque alias, de quibus in *l. conſenſu*, *& l. pen. cum ſeq. C. de repudiis*. Præterea licitum erat a conjuge divertere communi conſenſu, ſine alia cauſa, quod *bona gratia* fieri dicebatur, *l. ſi conſenſu*, *C. cit. tit.* Solum matrimonium Flaminis Dialis, Sacerdotis Jovis, niſi morte dirimi Jus non erat, ut Feſtus, & Gellius ſcribunt.

Et ſeparatur divortium a friguſculo, quod eſt cum ex ſubita ira, & levi jurgio amor conjugalis refrixit, *l. cum hic ſtatus*, *§. ſi divortium*, *ff. de donationibus inter virum*, *l. quod ſi non 32. ff. de Jure dotium*, conjuncta, *l. ſi liberis*, *ff. de pactis dotalibus*. In Pandectis Florentinis legitur *Fribuſculum*, quod Briſſonius emendat in *Frivuſculum*, hoc eſt rem maxime frivolam, *lib. 5. de verbor. ſignif.*

Verum, quia matrimonium in eadem ratione contractus fuit a Chriſto elevatum ad Sacramentum, ideo decernere de matrimonio ſolius Eccleſiæ eſt, quæ abrogatis Juris civilis in hac re legibus, ſtatuit, nullum matrimonium, niſi per mortem dirimi. Hac tamen adhibita diſtinctione, ut matrimonium conſummatum ſemper & ubique inſolubile ſit in quantum ad vinculum, licet quandoque accidat ſeparari, in quantum ad cohabitationem, & torum: ratum vero licet inſolubile, queat tamen diſſolvi ex œconomia, ſeu diſpenſatione S. Pontificis. Potius autem interpretatio eſt Juris Divini, quam diſpenſatio. Quæ diſpenſatio duplex eſt, una legalis, id eſt inſerta in corpore Juris, & eſt, ubi alter conjugum religionem profitetur, *cap. ex publico, de converſ. conjugat. Trid. ſeſſ. 24. can. 6.* altera judicialis, & eſt, cum S. Pontifex alia juſta cauſa matrimonium diſſolvit, ut de Martino V. & Eugenio IV. refert D. Antoninus *part. 3. tit. 1. cap. 21.* §. 3. & de aliis multis Cajetanus in *opuſc. de matrimonio quæſt. un.*

Horum omnium ratio dependet ex verbis Apoſtoli ad *Epheſ.* 5. ubi ait: *Matrimonium magnum eſſe Sacramentum in Chriſto, & Eccleſia*; id eſt propterea eſſe magnum, quia eſt ſignum ſpiritualis conjunctionis inter Chriſtum, & Eccleſiam, ut explicatur a Concilio Florentino in Decreto unionis Armeniorum. Hæc autem Chriſti conjunctio duplex eſt, una quæ eſt inter Chriſtum, & animam Juſti per gratiam, & cum Eccleſia per charitatem, quæ Eccleſia ex Juſtis conſtat. Et hujus conjunctionis ſignum eſt matrimonium ratum: propterea quia conjunctio cum anima eſt ſolubilis per peccatum, ideo matrimonium ratum pariter diſſolvi poteſt ex S. Pontificis œconomica poteſtate. Altera Chriſti conjunctio eſt cum tota Eccleſia, non tantum per charitatem, ſed per myſterium conjunctionis Verbi cum natura humana hypoſtatice. Et hujus ſignum eſt matrimonium conſummatum: quare iſtud erit omnino inſolubile, ſicut illa inſolubilis quoque eſt verbis Chriſti *Matth. ult. Ecce ego vobiſcum ſum uſque ad conſummationem ſæculi*. Vide Arcudium *d. lib. 7. cap. 16.* ubi Ambroſii Catharini objectiones contra hanc ſignificationem conjunctionis Chriſti cum Eccleſia, eleganter diſſolvit.

Hinc factum eſt, ut quidam Canoniſtæ, & Theologi reprehendant Juſtinianum, quod tractatum divortii e corpore Juris non ſuſtulerit, peccantem contra Jus divinum, quod ait, *Quod Deus conjunxit, homo non ſeparet*, *Matth.* 19. Excuſatur tamen Juſtinianus ab Alciato *6. parerg. 20.* ex eo, quod

Ve-

Veteres tempore Juſtiniani illud *Homo non ſeparet*, interpretebantur de eo, qui humanis affectibus ductus, nulla graviori culpa divertebat, ſecus ſi ex legitima diſſidii cauſa, quam apud Epiſcopos Provinciales dixiſſet, ut declaratur in *Concilio Agathenſi cap.* 25. & ſenſit D. Ambroſius in 1.*Pauli ad Corinth. cap.* 7. donec Divus Auguſtinus contrarium docuit, duobus in *Pallentium* libris. Vide ipſum Alciatum, qui etiam excuſat Juſtinianum, quod titulum de uſuris a Digeſtis, & Codice non amoverit, quia verba Chriſti *Lucæ* 6. *Mutuum dantes, nihil inde ſperantes*, pro conſilio, non pro præcepto Veteres acceperunt. Quam tamen interpretationem reprobant communiter Theologi cum D. Tho. 2. 2. *q.* 78. *art.* 1. qui dare mutuum eſſe conſilium, lucrum de mutuo non quærere, eſſe præceptum docet, & aliter leges civiles excuſat, nempe dimittere eas aliqua peccata impunita ob imperfectam hominum conditionem.

Relicta ergo excuſatione Alciati, dicimus ex eodem D. Thoma in *additionibus ad* 3. *partem*, *qu.* 67. *art.* 3. & ex Durando in 4. *diſt.* 33. *q.* 3. Juſtinianum uſum exemplo Moſis, qui permiſit Hebræis libellum repudii propter duritiam cordis eorum, ut interpretatur Chriſtus *Matth.* 19. id eſt, quia Moſes, ſi prohibuiſſet, ob Hebræorum pervicaciam, magis timebat de malo, quam de emendatione ſperabat. Ita ergo Juſtinianus ob corruptam ſuorum temporum conditionem, ne quid deterius ſequeretur, divortium permiſit; ſcilicet, ne mariti calor & impetus ad occidendam uxorem procurreret. Quam ſane rationem reddit Juſtinianus Junior Imperator *Novell.* 2.

Gravis tamen controverſia eſt, an divortium, ſeu vinculi conjugalis ſolutio licita ſit ob uxoris adulterium? Et quidem Græci affirmant ex *Evang. Matth.* 19. cum Chriſtus ait: *Quicumque dimiſerit uxorem ſuam, niſi ob fornicationem, & aliam duxerit, mœchatur*. Inferunt Græci a contrario ſenſu; Ergo qui dimittit ob fornicationem, & aliam ducit, non mœchatur. Quæ ſententia inter Latinos videtur fuiſſe D. Ambroſii in 1. *ad Corinth.* 7. & ſecuti ſunt Cajetanus in *Comment. ad Matth. loc. cit.* & Catharinus in *opuſc. de matr. qu. ult.*

Vera tamen ſententia eſt, ob adulterium nullo modo vinculum matrimonii diſſolvi, quamvis ſeparatio cohabitationis licita ſit; Quod de fide eſt ex Concilio Eliberitano *Can.* 9. & clarius ex Milevitano *Can.* 17. & *Trident. ſeſſ.* 24 *cap.* 7. nempe quia matrimonium conſummatum eſt ſignum conjunctionis Chriſti cum Eccleſia per myſterium conjunctionis hypoſtaticæ Verbi cum natura humana, quæ conjunctio inſolubilis eſt; quare & matrimonium conſummatum erit inſolubile, ut diximus.

Quod attinet ad verba Chriſti apud Matthæum, dicimus illud, *Niſi ob fornicationem*, non reſpicere, niſi dimiſſionem, & primam partem ſententiæ, non etiam ſecundam. Itaque Dominus ait duo, alterum, non licere dimittere uxorem, inquantum ad torum, niſi ob fornicationem: alterum, non eſſe licitum dimittere ex quavis cauſa, inquantum ad vinculum: quod quidem eſſet, ſi alteram duceret; tunc enim mœcharetur. Itaque prædicta Chriſti verba æquivalent iſtis, *Licet uxorem dimittere ob fornicationem; ſed ſi dimiſſor aliam ducit, mœchatur*. Quæ explicatio eſt D. Pauli 1. ad *Corinth.* 7. *His*, inquit, *qui matrimonio juncti ſunt, præcipio non ego, ſed Dominus, uxorem a viro non diſcedere, & vir uxorem non dimittat*. Tum ſubdit Paulus: *Quod ſi diſceſſerit, manere innuptam, aut viro ſuo reconciliari*. Ex quibus aperte conſtat, Chriſtum docere, matrimonium per diſceſſionem non ſolvi, inquantum ad vinculum, cum uxor manere debeat innupta, vel viro reconciliari: diſceſſio autem ea eſt, quæ ob adulterium fit. Vide latius Bellarm. 1. *de matrimonio* 15. *cum duob. ſeqq.* Gregorium de Valentia *libro ſingulari de inſolubilitate matrimonii*, *cap.* 3. *cum duobus ſeqq.* Arcudium *d. lib.* 7. *a cap.* 2. *ad* 26.

DOS.

Pars Tertia Rubricæ.

NOn eſt hic Nobis ſermo generatim de omni dote, prout apud gentes varias toto terrarum orbe diffuſas uſurpatur, ſed de ea tantum, quæ ex Jure Romano deſcendit. Quippe apud pleraſque gentes obſervatum eſt, ut maritus uxori dotem conſtitueret, quod de Sichimis in Syria patet *Geneſ.* 34. ubi Sichem cum peteret in uxorem Dinam Jacobi filiam, quam vitiaverat, ſe tantum dotis, & doni eſſe daturum pollicetur, quantum Patri placeret. Idipſum viguiſſe apud Hebræos probatur

Digitized by Google

batur ex multis Sac. Scripturæ locis, præcipue ex 1. *Reg.* 18. nam David ducturus in uxorem Michol filiam Regis Saul, excuſat ſe, quod pauper eſſet, neque tantæ uxori dotem ſtatuere poſſet. Cui reſpondet Saul, non alia dote opus eſſe, niſi ut ipſe David centum Palæſtinos neci tradat. De veteribus Germanis etiam fatetur Tacitus *libro de moribus Germanorum*.

Hodie quoque Turcæ, Perſæ, & quotquot impuri Macometis legem ſequuntur, hoc Jure utuntur ex Alkorano in *Azoar de fœminis*. Imo omnes Orientis Chriſtianæ, cum nubunt, dotem a maritis accipiunt, teſte Joann. Cotovico *Itinerarii Hieroſolym. cap.* 9.

Contrarium omnino eſt de Jure Attico, ex quo uxor marito dotem præſtat, quod imitati ſunt Romani, Salmaſius *de modo uſurarum cap.* 4. quem vide. Itaque Romanorum Jure attento, Dos conſiderari poteſt, vel de Jure antiquo, ex quo dos interveniebat non in nuptiis uſu, ſed in iis, quæ per coemtionem fiebant; ideo definitur, *Pecunia, qua uxor a viro Jus ſuæ heredis coemit*. Virgilius:

Teque ſibi generum Thetis emat omnibus undis.

Quæ verba de matrimonio per coemtionem explicat etiam Antonius Auguſtinus ad *ll. XII. tabularum*. Vel de Jure novo, quo coemtio ſublata eſt, & definitur, *Jus pecuniæ viro conſtitutum ad matrimonii onera ſubſtinenda*. Ita Cujacius ad Ulpiani *fragm. tit.* 3. poſt alios. Vincentius Alfanus *de vera ſubſtantia dotis cap.* 7. *& ſeq.* Explicatur definitio.

Dicitur *Jus*; Dotis enim ſignificatio duplex eſt, Naturalis, & Civilis, Soccinus nepos hic, *par.* 3. *n.* 13. Alciatus hic, *v. Dos*. Naturaliter Dos eſt pecunia, quæ datur marito uxoris nomine, quæ proprie res dotalis dicitur, ut in noſtra Rubrica, *de repetitione dotis*. Civiliter non eſt, niſi Jus ejuſdem pecuniæ, ut in *tit. ff. de Jure dot.* Et ratio eſt, quia rerum quædam ſunt facti, quædam juris: & ea facti dicuntur eſſe, quæ a natura originem habent, & a natura eſt ut ſint, vel non ſint, veluti eſt corpus: ea vero ſunt Juris, quæ a lege eſt ut ſint, vel non ſint, ſeu a lege introducta ſunt, ut magis intelligantur eſſe, quam ſint, §. 1. *Inſtitutionibus de libertinis*, ubi Pacius. Cum ergo dos non ſit a natura, ſed a lege ſive gentium, ſive civili, omnino fit, ut Jus dicenda ſit, & a rebus dotalibus diſtinguatur, ut hereditas a rebus hereditariis, & hypotheca a re hypothecata diſtinguitur, ſicuti diſputat Vultejus *diſcept.* 19. qui recte notat, hanc inter rem & Jus diſtinctionem ſatis frequentatam eſſe in Jure noſtro, & eam ignoratam, vel neglectam, multas nobis in Juris diſciplina difficultates peperiſſe, quæ illa cuſtodita, nullo negotio tolli poterant.

Idipſum conſtat ex *l. quod dicitur, ff. de impenſis in rebus dotalibus*, ubi impenſæ neceſſariæ minuunt dotem, licet res dotales non minuantur. Et ex *l. ſi a matre, C. de Jure dotium*, ubi datio in dotem aperte pro *Juris datione* interpretatur.

Dicitur *pecunia*; ex hac enim oritur Jus ab ea ipſa pecunia ſeparatum. Quamvis autem apud Philoſophos Morales vera dos puellarum Judicetur caſtitas, & inſtitutio ab optimis parentibus. Unde Horatius:

Dos eſt magna parentium
Virtus, & metuens alterius viri
Certo fœdere caſtitas;
Et peccare nefas, aut pretium eſt mori:

Tamen apud Juriſconſultos non alia cognoſcitur dos, niſi quæ in pecunia conſiſtit: & nomine pecuniæ veniunt res quæcunque in noſtro commercio ſunt, *l. pecuniæ nomine, ff. de verbor. ſignif.* Quapropter dos recte conſtituitur in rebus ſoli, ut in *tit. ff. de fundo dotali*: & in rebus mobilibus, *l. res in dotem, ff. de Jure dotium*: & in incorporalibus, veluti in hereditate, uſufructu, nominibus debitorum, *l. nec ullam, §. item, ff. de petit. hered. l. intereſt, C. de uſufr. l. un §. exactio, C. de rei uxor. act.*

Dicitur *viro*, ut diſtinguatur dos a donatione propter nuptias, quæ opponitur doti; nam ſicuti dos eſt, quæ datur marito uxoris nomine, ita donatio propter nuptias eſt, quæ uxori datur mariti nomine, in compenſationem dotis, & ad æqualitatem ſervandam, *l. 1. & 2. C. de donationibus ante nuptias*, Cujacius 5. *obſerv.* 4. qui donationem propter nuptias eleganter dotem mariti vocat. Ea in dotem a muliere plerumque redigebatur, *l. generaliter, §. hac obſervari, C. de ſecundis nuptiis*.

Dicitur *Conſtitutum*. Olim dos conſtituebatur datione, dictione, promiſſione, Ulpianus in *fragm. tit. 6. de dotibus*. Datio erat cum traditione fundi dominium in virum transfe-

transferebatur, §. *ſic itaque*, *Inſtitut. de actionib.* Dictio recenſebatur inter ſpecies verborum obligationis, & erat, cum nulla præcedente interrogatione dos marito ſive de mobilibus, ſive de fundis dicebatur: quæ dictio non erat omnibus indiſtincte permiſſa, ſed ſolum mulieri, debitori mulieris, ſi juſſu ejus dotem diceret, & demum parenti virilis ſexus, Cajus 2. *Inſtit.* 9. *de obligationib.* In dictione dotis hæc formula ſolemnis erat, *Decem tibi doti erunt*, *l. nuptura*, *l. ſi mulier ita*, *l. quemadmodum*, §. *pen. ff. de Jure dotium*, Cujacius ad *tit. C. de dotis promiſſ.* Promiſſio fiebat per ſtipulationem, quæ poterat a quocunque fieri, *l. promittendo*, *ff. de jure dotium*. Quod Jus hodie etiam viget, nec eſt immutatum, niſi in hoc, quod dictio vulgo omnibus permittitur, non ſecus quam promiſſio, *l. ad exactionem*, *C. de dotis promiſſione*, *l. un. C. de rei uxoriæ action.* Verum tamen eſt, hodie eſſe ſublatam ſolemnitatem dotis dicendæ. Ob quam cauſam ex *l. Theodoſ. ad exactionem*, *C. de dotis promiſſ.* ubi legebatur, *Etſi dictio, vel ſtipulatio*, *&c.* Tribonianus vocem, *dictio*, ſuſtulit. Idem fecit in *l.* 1. *C. de Jure dotium*.

Dicitur tandem, *Ad matrimonii onera ſubſtinenda*; nam finalis cauſa dotis conſtituendæ eſt, ut ex ejus fructibus poſſit maritus uxorem, liberoſque inde naſcituros alere, & cetera onera ferre, quæ matrimonium comitantur, ut conſtat ex *l. ſi is*, *qui Stichum*, §. 1. *ff. de Jure dotium*, in hæc verba: *Ibi dos eſſe debet, ubi onera matrimonii ſunt*. Concordant textus in *l. fructus dotis*, *l. ſi pater in fine*, *ff. cit. tit. l. ſi maritus*, *ff. fam. erciſc. l. pro oneribus*, *C. de Jure dotium*. Non tamen neceſſe eſt, ut dos ad omnia matrimonii onera ſit ſatis, *cap. ſalubriter*, *de uſuris*: quæ onera mariti ducenta, uxoris centum numerat Gilbertus in *quæſtionibus Œconomicis*. Proinde dos, quamvis per modica, vera dos eſt, *l. Neratius*, §. *ſi maritus*, *ff. de religioſis*.

COROLLARIA.

Ex hactenus dictis plura colliguntur.

Et I. ubi matrimonium non eſt, ibi nec dotem eſſe, cum dos deſervire debeat ad onera matrimonii, & ubi matrimonium nullum eſt, ibi nec onera ſunt, & proinde neque dos, *l. ult. C. de donationib. ante nuptias*, *l.* 3. *C. de Jure dotium*; quamvis e contrario matrimonium ſine dote conſiſtat, ut olim erat de eo, quod uſu contrahebatur, *l. quod ſi nulla*, *ff. de religioſis*, *auth. præterea*, *C. unde vir.* Ita *gl. in l. divortio*, §. *ob donationem*, *ff. eod.* Ruinus hic a *num.* 257. Alciatus *num.* 47. Connanus 8. *comment.* 9. *num.* 6.

Unde rejicienda opinio Bartoli, & aliorum hic, qui dotem eſſe etiam ante matrimonium contractum, & poſt matrimonium ſolutum docent. Sicut etiam rejicienda eſt opinio Coraſii in *l. qui liberas num.* 79. *ff. de ritu nuptiarum*, & Fachin. 10. *contr.* 27. qui licet concedant, dotem in fieri pendere a matrimonio, negant tamen id verum eſſe in conſervari; & moventur tum ex noſtra rubrica, ubi ſoluto matrimonio dos peti dicitur, tum etiam, quia ſoluto matrimonio privilegia dotis permanent.

Verum utramque opinionem falſam eſſe, conſtat ex generali ratione jam ſupra poſita, & præterea probatur in ſpecie.

Nam quod dos non ſit ante matrimonium contractum, habetur ex *l. tali*, *ff. de Jure dotium*, ubi in ſtipulatione iſta, *Decem in anno proximo dotis nomine dare ſpondes?* annus non eſt numerandus ex die ſtipulationis factæ, ſed ex die nuptiarum; nempe quia, ut Juriſconſultus ait, ex eo die eſſe poteſt. Ita quia teſtamentum non habet vim, niſi poſt mortem, ideo ſi quis teſtando dixerit, *Poſt annum*, *quam hoc teſtamentum factum erit*, *liber eſto*, annus a morte incipit computari, *l. qui duos*, §. 1. *ubi gl. ff. de manum. teſtamento*.

Habetur etiam ex *l. dotis promiſſio*, *ff. de Jure dotium*, ubi ſi puella minor annis 12. ut major deducta ſit in viri domum, dos promiſſa non petetur, niſi poſtquam puella major annis 12. apud virum eſſe cœperit. Rationem reddit ibi Papinianus, quia omnis dotis promiſſio futuri matrimonii tacitam conditionem habet; & matrimonium legitimum cum puella eſſe non poteſt, niſi pubes ſit.

Habetur tandem ex *l.* 1. *in princ. ff. pro dote*, ubi ſi ſponſa ea mente res ſponſo tradiderit, ut ſtatim ejus fiant, & tamen res alienæ ſint, Julianus ait, a ſponſo uſucapi poſſe. Quod Ulpianus ita interpretatur, ut ſponſus ante nuptias non pro dote uſucapiat, ſed pro ſuo.

Neque nos moveat, privilegium prælationis, quod habet mulier in repetenda dote, dari etiam ſponſæ, quæ dotem dedit, ſi poſtea

ſtea renunciatum ſit nuptiis, *l.* 2. §. *fin. cum duab. ll. ſeqq. ff. de priv. creditorum*, *l. ſi ſponſa, ff. de Jur. dot.* Non enim factum eſt, quia proprie dos ſit, ſed quia data dotis nomine, & ſpe; nam Reipublicæ intereſt, ut id quod mulieres doti deſtinarunt, in ſolidum conſequantur, ut deinde invento alio marito nubere poſſint. Quæ eſt ratio expreſſa a Paulo in *d. l.* 3. *ff. de priv. creditor.* Unde in *d. l. ſi ſponſa* dicitur, hoc caſu privilegium concedi, *exemplo dotis.* Præterea, quod dotis nomine datum eſt, non repetitur actione dotali, ſed condictione cauſa data, cauſa non ſecuta, *d. l.* 2. §. *fin.* Cujacius ad *tit. C. de Jur. dot.*

Nec longe abeſt, quod fundus nomine dotis ſponſo traditus ex lege Julia alienari, & obligari non poteſt. Etſi enim lex Julia de fundo dotali locuta ſit, tamen id ad fundum ſponſo traditum traductum eſt, quia lex Julia plenius interpretanda erat, ut dicitur a Cajo in *l.* 4. *ff. de fundo dotali*, id eſt, quia prædium iſtud ex deſtinatione dotale eſt, ut ibi Gloſſa notat.

Quod vero dos non ſit matrimonio ſoluto, palam eſt ex *d. l.* 1. §. 1., *ff. pro dote*, ubi cum Ulpianus dixiſſet, conſtante matrimonio pro dote uſucapionem locum habere, ſtatim ſubdit: *Ceterum ſi ceſſet matrimonium, Caſſius ait ceſſare uſucapionem, quia dos nulla ſit.* Fachineus tamen conatur id argumentum eludere, interpretando illud *ceſſet, pro nullum ſit*, ex *l. ſi concubina, ff. de action. rerum amotarum*. Reſpondendum tamen id quandoque verum eſſe, non tamen ſemper; imo obvia ejus verbi ſignificatio eſt, ut denotet finem, *l. is cui*, §. *Imperator*, §. *ceſſantia, ff. ut in poſſeſſionem legatorum*, *l.* 3. *ff. ne quid in flumine publico, cap. cum ceſſante, de appellationib.* Et ita quidem in citatis Ulpiani verbis accipi debet, quia non ibi, ſed in *ſeq.* §. *ult.* Ulpianus de matrimonio nullo ſermonem habet.

Palam quoque eſt ex eo, quia rerum dotalium dominium eſt apud virum, §. 1. *Inſtit. quibus alienare licet*. Quod tamen dominium ſoluto matrimonio migrat ipſo Jure in uxorem, *l. in rebus, C. de Jure dotium*, quamvis earundem poſſeſſio actione rerum dotalium recuperetur, *l. dotis, C. hoc tit.* Ergo amplius dos eſſe non poteſt.

Neque contraria obſtant. Nam ſoluto matrimonio *dos* dicitur per quandam figuram loquendi, quæ *Relatio* dicitur, ut notat Connan. *loc. cit.* habito nimirum reſpectu non ad id, quod eſt, ſed ad id, quod aliquando fuit. Ita quoque hereditas adita appellatur hereditas, ut in *tit. de petition. heredit.* ratione ejus, quod jam olim fuit, cum jacebat, Alciat. 1. *diſpunct.* 18.

Nec mirum actione dotali repeti, quia ſæpe finito & extincto contractu, datur actio ex eo, tanquam ſi adhuc extaret; nam finito pignore datur actio pignoris, *l. ſolutum*, §. *ſi quaſi, ff. de pignor. act. lex ſextante*, §. *Latinus, in fine, ff. de except. rei judicatæ*; & ubi finitum eſt mandatum, datur mandati actio, *l. ſi præcedente, l. inter cauſas, in princ. ff. mandati*. Soluta etiam ſocietate inſtituitur actio pro ſocio, *l. ſi ſocio, ff. pro ſocio*. Et ubi finita eſt emtio, datur actio ex emto, *l. ex emto, l. is qui vina, ff. de actionib. emti*. Ita ergo finita dote per ſolutionem matrimonii, datur dotalis actio.

II. Colligitur, dotem, quamvis olim fuiſſet pretium, quo uxor Jus ſuæ heredis cœmebat a viro, hodie tamen eſſe donationem, non ſecus quam donationem propter nuptias. Et clare docet Juſtinianus in *l. ult. in princ. C. de donationib. ante nuptias*, illis verbis: *Ideo enim & antiqui Juris Conditores inter donationes etiam dotes connumerant.*

Verum Merenda 3. *contr.* 49. id ideo a Juriſconſultis factum putat, non quia dos vera donatio ſit, ſed ut honeſtate nominis ad decus matrimonii uterentur, ne alioqui videretur venale. Putat ergo ipſe, dotem eſſe contractum oneroſum, cum detur ad onera matrimonii, vel eſſe contractum innominatum, Do ut facias, id eſt, ut ſubeas onera. Quod videtur probari ex eo, quia datio ob beneficium recipiendum, donatio non eſt, *l. hoc Jure*, §. 1. *ff. de donation.* ubi notat Ulpianus, Labeonem dixiſſe extra cauſam donationis eſſe, cum datur, ſi tibi adfuero, ſi ſatis pro te dedero, ſi qualibet in re opera, vel gratia mea uſus fueris; propterea quod ſunt officiorum mercedes. Idipſum habetur in *l. quæ liberti, ff. cit. tit.* & in *l. metum*, §. *ſed licet, ff. de eo, quod metus cauſa.* Cum ergo dotis datio fiat ob beneficium recipiendum, nequit donationibus accenſeri.

Hæc vera ſunt, cum qui accipit nullum ex datione commodum percipit, ſed ſolum ſui beneficii mercedem recipit, ut in *cit. Ju-*

Jurib. patet. Secus eſt, ſi quis accipiendo utilitatem ſentiat, quo caſu dicitur donatio, non quidem ſimplex, ſed ſub modo, ut ſi tibi donem, ut alimenta mihi præbeas, *l. 2. C. de donationib., quæ ſub modo*, *l. ſi donationis*, *C. de contrah. emt. l. ult. C. de rer. permutationib.* Quod eſt intelligendum, cum fructus rerum donatarum excedunt ſummam alimentorum; vel cum alimenta pro tempore præſtantur, res vero donatæ perpetuo apud accipientem manſuræ ſunt; vel demum aliqua alia utilitas, & commodum ex datione percipitur. Et ita prorſus eſt in ſpecie noſtra; nam cum matrimonium etiam ſine dote conſiſtat, *l. quod ſi nulla*, *ff. de religioſis*, *auth. præterea*, *C. unde vir, & uxor*, quo etiam caſu ad maritum onera matrimonii pertinerent, argumento ex *l. dotis fructus*, *ff. de Jure dotium*, & *l. un. §. taceat*, *C. de rei uxoriæ act.* Propterea, ubi contrahendo matrimonium, recipit dotem, utique commodum & utilitatem ſentit, ea liberalitate ab oneribus matrimonii ſublevatus.

Verum tamen eſt dotem, licet donatio ſit, & excedat ſummam 500. aureorum, inſinuationem non exigere, *l. ult. in princ. C. de Jure dotium*, & latius dicemus infra ad *l. 1.*

III. Colligitur, dotem ſterilem eſſe non poſſe, quæ ſcilicet marito ſterilis ſit; nam ſi ſterilis ſit, mulier diceretur indotata, quippe niſi oneribus matrimonii deſerviat, dos nulla eſt, *d. l. ſi pater, in fine*. Unde quæſitum eſt, an pactum, ut maritus fructus prædii dotalis non ſibi lucretur, ſed uxori reſtituat, quæſitum, inquam, eſt an ratum ſit? Agit de hac quæſtione Ulpianus cum Marcello in *l. ſi convenerit 4. ff. de pact. dotalib.* Et quidem Marcellus duos caſus diſtinguit. Prior eſt, cum maritus ſe obligat ad fructus, quos in ſingulos annos percipit, ſtatim uxori reſtituendos; & pactum nullius momenti eſt, quippe nullum ex dote lucrum maritus perciperet, & uxor eſſet indotata. Poſterior eſt, ſi paciſcatur maritus de fructibus, quos in ſingulos annos percipit, reſtituendis ſoluto demum matrimonio, ideſt de reſtituenda æſtimatione; & pactum valet, quia interim conſtante matrimonio maritus frui poteſt uſuris, quæ ex fructibus collectis, & in ſortem redactis, percipi poſſunt; propterea dos non erit ſterilis.

Quod poſtremum Marcelli dictum ita Ulpianus temperat, ut valeat pactum, cum majorem dotem mulier dedit, quam pro viri conditione: veluti ſi maritus tercentis in dotem datis fuiſſet contentus: mulier tamen talem dotem dedit, quæ annua tercentum reddit, quorum ſors eſſent ſeptem millia & quincentum, nam uſuræ dotales ſunt tertia centeſimæ, id eſt trientales, *l. ult. §. præterea*, *C. de Jure dotium*, *l. un. §. ſin autem*, *C. de rei uxor. act.* Tunc enim uſuris ex iſtis fructibus perceptis maritus contentus eſſe poteſt. Et ita explicandus eſt textus in *d. l. ſi convenerit.*

E contrario non valet pactum, ut mulier ſe, ſuoſque alat, maritus vero lucretur fructus dotales; non enim dos onera matrimonii ſubſtineret, Alciatus hic *num. 44.* Baldus in *l. pactum*, *in fine*, *C. de collationib.*

Valet vero pactum, ut mulier ipſa capiat fructus dotales, & ipſa ſe, ſuamque familiam alat, *l. ſi quis pro uxore*, *§. fin. ff. de donationibus inter virum*. Imo valet, ſi conventum ſit, ut maritus fructus in dotem convertat, & mulier ſe, ſuoſque alat, & univerſa onera ſua expediat. Nam Ulpianus in *d. l. ſi convenerit*, *§. ult.* de hoc pacto loquens, ita ait: *Quare non dicas conventionem valere?*

Objicies I. ex *l. quæris*, *ff. de pactis dotalibus*, ubi ſi mulier ante nuptias pacta ſit, ut ex fructibus fundi, quem dedit in dotem, creditor mulieris dimittatur, pactum ſibi conſtat: & tamen ita dos ſterilis eſt marito.

Reſponſio habetur ex ipſa lege, nempe hoc verum eſſe, quoties fructus fundi ſuperant mulieris debitum, ut aliqui reliqui ſint marito pro ferendis matrimonii oneribus; ut conſtat ex eo, quod Paulus ſubdit, pactum ideo valere, quia per illud minor dos videtur conſtituta. Puta Titius eſt mulieris creditor in annua decem, iſque creditor eſt ex fundi dotalis fructibus dimittendus, qui fructus quindecim reddunt in ſingulos annos. Utique pactum dimittendi creditoris non facit dotem ſterilem, ſed minorem, quaſi uxor in dotem dederit centum viginti quinque. Unde fit, poſt nuptias non poſſe id pactum iniri, cum conſtante matrimonio nequeat dos pacto minui, aut deterior fieri, *l. poſt nuptias*, *ff. de Jure dotium*. Quare de ſuo maritus paciſci videtur, ut dimittat creditorem, & erit mera donatio, quæ inter virum & uxo-

rem

Digitized by Google

rem ex oratione Antonini Auguſti invalida eſt, ut textus in fine notat, juncta *gl. ibidem v. donatio*.

Objicies II. ex *l. Julianus*, *ff. de Jure dotium*, ex qua habetur, pactum initum inter virum & uxorem, ne ea viva dos exigatur, ſeu petatur, valere. Ergo viva uxore, & conſtante matrimonio, dos eſt viro ſterilis.

Negamus tamen eſſe ſterilem, quia matrimonio conſtante currunt uſuræ trientales marito, *d. l. ult. §. præterea*, *C. de Jure dotium*; hæ autem ad ſubſtinenda onera matrimonii vicem fructuum habent, *l. uſuræ*, *ff. de uſuris*. Itaque eo pacto differtur exactio, non etiam dos ſterilis fit.

Objicies III. ex *l. res quarum*, *C. de Jure dotium*, cum dicitur poſſe fundi proprietatem in dotem dari, excepto uſufructu. Idem habetur ex *l. ſi proprietati*, *ff. eit. tit.* Augetur difficultas, quia eo caſu uxor non habet rei dominium, niſi Quiritarium, quod in virum non transfert; nec Bonitarium transferre poteſt, quia uſusfuctus alienus eſt. Ergo nihil in virum transfert. Quare non modo dos ſterilis viro eſt, ſed nulla omnino dos eſt.

Sed eſt dicendum, dotem non videri ſterilem ex conſolidatione; nam cum deinde uſusfructus proprietati accedit, non alia dos eſt, ſed incrementum dotis, quemadmodum ſi quid alluvione acceſſiſſet, *d. l. ſi proprietati*. Iſto itaque caſu uxor ante conſolidationem omnino indotata eſt, ut ratio Adverſariorum docet: ſed tunc incipit eſſe dotata, cum primum conſolidatio fit.

IV. Colligitur, dotem in re aliena recte conſtitui, ſi ſcilicet dos dicta ſit, vel promiſſa, ut propterea poſt dictionem, vel promiſſionem traditio ſatis ſit, ut conſtat ex *l. de diviſione*, *ff. eod.* ibi: *Tradita poſſeſſione*: & ex *l. ſi nuptura*, *§. ſi fundum alienum*, *ff. de fundo dotali*, ubi fundus alienus in dotem traditus cenſetur dotalis. Quo tamen caſu maritus bonæ fidei poſſeſſor pro dote uſucapere poterit, ut *tit. ff. pro dote*.

Neque nos moveat, quod in contrarium objiciunt Ripa hic, *n.* 40. Bolognetus *num.* 177. Rogerius *de dote*, *in princ. num.* 4. ex *l. dotale* 13. *§. dotale*, *ff. de fundo dotali*, ubi ab Ulpiano requiritur dominii translatio, ut fundus dicatur dotalis. Verba legis ſunt: *Dotale prædium ſic accipimus, cum dominium marito quæſitum eſt*. Etenim notandum pro reſponſione eſt, ibi ſermonem ab Ulpiano haberi de lege Julia, quæ fundi dotalis in ſolo Italico alienationem prohibebat, diſſentiente uxore, ut conſtat ex verbis, quæ Ulpianus ſubdit, *Ut tunc demum alienatio prohibeatur*. Lex autem Julia locuta eſt, non de dote dicta, vel promiſſa, ſed de data, de qua etiam loquitur Ulpianus ibi, ut habetur ex proximo §. 1. in illis verbis, *Totum prædium in dotem ſit datum*. Et concedimus dationem dotis in re aliena locum non habere, § *ſic itaque*, *Inſtitutionib. de actionibus*; negamus de dictione, & promiſſione.

V. Colligitur, dotem ſola promiſſione conſtitutam eſſe veram dotem, quamvis non numeratam, Ripa hic *num.* 58. Angelus *conſ.* 180. *num.* 2. Tiraquellus 2. *de retractu*, *a num.* 32. Vaconius 6. *declarat.* 33. Fachin. 10. *contr.* 24. & ſatis colligitur ex dictis, quia dos non una modo datione, ſed etiam dictione, & promiſſione conſtituitur.

Probatur etiam ex *d. l. Julianus*, *ff. de Jure dotium*, ubi valere dicitur pactum, ne viva uxore dos petatur; & tamen veram eſſe dotem. Quare ibidem Paulus ſubdit, invalidam eſſe hanc ſtipulationem, *Cum morieris dotis nomine tot dari?* quia hoc caſu vera dos non eſt. Ratio diſcriminis eſt, quia hic confertur initium dotis in id tempus, quo matrimonium amplius non erit: at in primo caſu ſtatim dos conſtituitur, differtur tamen exactio.

Probatur quoque ex eodem Paulo in *l. cum poſt mortem*, §. 1. *ff. de adminiſtratione tutorum*, ubi curator quadringenta dotis nomine marito puellæ ſe daturum promiſit, deinde ære alieno emergente ad eam dotem ſolvendam puellæ patrimonium ſatis non eſſe apparuit. Ait Paulus, curatorem eſſe marito obligatum, puellam vero curatori. Et rationem reddit, *quia habet dotem*. Et verum eſt, puellam curatori obligari, tam ſi dos a marito conſtante matrimonio exacta ſit, quam ſi ſecus, ut patet ibi: *Vel certe poſt divortium* (puellam teneri) *ſive exacta ſit dos*, *ſive maneat nomen*, *quia poteſt efficere*, *ut ei accepto feratur*. Ergo non exacta dote per maritum, mulier habet dotem; & proinde ſola promiſſione vera dos conſtituitur.

Demum omnium evidentiſſime probatur ex Tryphonino in *l. ult. ff. de collatione dotis*, cum dos ſtatim ac promiſſa eſt, dicitur abſceſ-

 ſiſſe

Digitized by Google

ſiſſe patrimonium patris, & conſequenter effectam proprium patrimonium filiæ. Quod utique non eſſet, niſi jam naturam veræ dotis aſſumſiſſet. Verba Juriſconſulti ſunt: *Ergo non tantum data* (dos) *apud maritum remanebit, ſed & promiſſa exigetur etiam a fratribus, & eſt æris alieni loco: abſceſſit enim a bonis patris*.

Horum omnium ratio eſt, quia dos non ſoluta adhuc onera matrimonii ſuſtinet, cum ex ea debeatur pro uſuris tertia centeſimæ, & hæ uſuræ vicem fructuum ſuſtinent, ut jam ſupra expreſſum eſt.

In contrariam tamen ſententiam eunt Alexand. *conſ.* 13. a *num.* 10. *lib.* 3. Soccinus Junior hic *par.* 3. *num.* 13. Barboſa etiam hic *par.* 3. *num.* 2. Cujacius in *l. unic.* §. *accedit*, *C. de rei uxor. act.* qui volunt dotem non ſolutam veram non eſſe dotem. Et moventur ex *d. l. dotale* 13. §. *dotale*, *ff. de fundo dotali*, ex *l. de diviſione* 5. *ff. eod.* ex *l. Titio centum*, §. *Titio genero*, *ff. de conditionib. & demonſtr.* ex *l.* 1. & 4. *C. de dote cauta*, *non numerata*; & tandem ex *l. ſi ſocius*, *ff. pro ſocio*.

Quæ omnia nihil obſtant. Nam I. quod attinet ad *l. dotale*, §. *dotale*, ubi prædium tunc demum dicitur dotale, cum ejus dominium viro quæſitum eſt, jam ſupra notavimus ibi ſermonem haberi non de conſtitutione dotis, ſed de alienatione ex lege Julia, quæ prædium ſoli Italici in dotem datum alienari prohibet invita uxore, id eſt non dotem dictam, aut promiſſam, ſed datam. Propterea Ulpianus ait, ne prædium alienetur, omnino exigi, ut ſit datum, ſive tunc dici dotale, cum ejus dominium viro quæſitum eſt; nam dandi verbum, quo lex Julia uſa eſt, dominii translationem denotat, §. *ſic itaque*, *Inſtit. de actionib.* Nobis autem ſermo eſt extra caſum legis Juliæ, id eſt, non de dote data, ſed de dicta, vel promiſſa, & de hac quæritur, an vera dos ſit.

II. Ratione non valde diſſimili reſpondendum eſt ad *d. l. de diviſione* 5. cum dicitur: *Dotale prædium conſtitutum eſt in tradita poſſeſſione*. Quippe nec ibi de conſtitutione dotis ſermo eſt, ſed de diviſione fructuum prædii dotalis inter virum, & uxorem, ſoluto matrimonio. Et Ulpianus ait, prædium dici dotale ex die translationis, non ex die dotis conſtitutæ, id eſt eos tantum fructus dividi, qui a marito percepti ſunt poſt traditionem, non etiam quos uxor ante traditionem percepit. In hac, inquam, diviſione fructuum prædium ex ſpeciali ratione non incipit eſſe, & dici dotale, niſi ex quo traditum eſt. Ratio eſt, qui ante traditionem marito loco fructuum currunt uſuræ trientales; ſcilicet uſuræ vicem fructuum ſubeunt, *l. uſuræ*, *ff. de uſuris*. Quare ſi etiam ipſi fructus interim ab uxore percepti dividerentur, jam maritus bis iiſdem fructibus frueretur, quod eſſet abſurdum.

III. Quamvis in *d. l. Titio centum*, §. *Titio genero* habeatur, mulierem dici dotatam, cum dotis ſolutio fit; tamen ibi ſermo eſt de dote legata, quæ non fuit viro promiſſa, ſed ſolum a teſtatore mulieri relicta. Qua in ſpecie verum eſt, mulierem tunc incipere eſſe dotatam, cum legatum ab herede præſtatur; propterea quod legatum dotis non eſt dotis conſtitutio: nam contra heredem non agitur actione dotali, ſed actione ex teſtamento, vel reivindicatione, aut hypothecaria. Hæc ergo ſunt extra quæſtionem noſtram, quæ eſt de dote viro promiſſa.

IV. Eadem facilitate rejicitur argumentum ex *d. l.* 1. & 4. ubi dotem facit non ſcriptura dotalis, ſed numeratio. Quæ verba non reſpiciunt dotis conſtitutionem, ſed ejuſdem repetitionem, quæ ſoluto matrimonio nequit ab uxore repeti ex hoc ſolum, quod in inſtrumento promiſſa fuerit, ſed probari omnino debet, fuiſſe eidem viro ſolutam; alioqui mulier exceptione dotis non numeratæ expelletur.

V. Difficilior videtur ſolutio ad textum Papiniani in *d. l. ſi ſocius*, qui a Cujacio adducitur. Species eſt: inter ſocios omnium bonorum conventum eſt, ut de communi dos conſtitueretur. Alter ergo ex his filiæ, dum eam collocaret, dotem conſtituit, & filia herede inſtituta deceſſit, cujus morte ſocietas ſoluta eſt. Deinde ſolutum eſt filiæ matrimonium. Quærit Papinianus, an in judicio ſocietatis mulier præcipiat quantitatem. Et diſtinguit inter dotem numeratam, & promiſſam; nam ſi filia datam dotem, poſtquam patri heres extitit, Jure ſuo recepit a viro, non eſt referenda pecunia ſocietati, ideſt mulier eam ſibi præcipit. Quod ſi dote viro non ſoluta, accepto ab eodem liberata ſit, nequaquam imputari poteſt ſocietati non ſoluta pecunia. Ita Papinianus. Ex quo infertur, dotem tantummodo promiſſam veram dotem non eſſe, nec abſceſſiſſe a bonis paternis.

Sed neganda eſt illatio. Nam quod promiſſa

miſſa dos nec imputetur ſocietati, nec præcipiatur a filia, non eſt ex eo, quod vera dos non ſit, ſed eſt ex natura judicii ſocietatis: quandoquidem non omne æs alienum, quod manente ſocietate contractum eſt, ſocietatis onus eſt, ſed id tantum, quod ſolutum eſt ſive ſocietate manente, ſive diſtracta. Quod vero nullo modo ſolvitur, utique de communi ſolvendum non eſt, *l. omne æs alienum*, *cum l. ſeq. ff. pro ſocio*. Cum ergo in ſpecie noſtra mulier per acceptilationem a viro liberata ſit, & patris heres extiterit, ex quo amplius nec viri debitrix eſt, nec patris creditrix, conſequens eſt, ut æs alienum a patre contractum ſolvendum non ſit, & propterea nec in judicio ſocietatis præcipiendum a filia.

Dices cum eodem Cujacio, Peculium non conſtituitur voluntate nuda, ſed traditionem ſive naturalem dationem deſiderat, *l. non ſtatim*, *ff. de peculio*. Ergo dos æque ſola voluntate non conſtituetur, ſed traditionem exiget.

At non eſt par ratio inter utrumque caſum; nam peculium, cum non ſit contractus, nequit ſolo conſenſu conſtitui: dos vero contractus eſt, & proinde non ſolum datione fit, ſed dictione, & promiſſione.

Cum ergo dos promiſſa ſit vera dos, hinc fit primo dotem a patre filiæ promiſſam venire in collationem, *l. 1. §. 1. ff. de collatione dotis*.

Fit etiam, ſi in lege Municipii fiat de dote mentio, id eſſe intelligendum non ſolum de tradita, ſed etiam promiſſa; quamvis legis municipalis verba ſtricte & proprie ſint accipienda, *l. 1. §. ſi is qui*, *ff. de exercit. act. l. 3. §. hæc verba*, *ff. de negot. geſtis*. Quapropter noſtræ Urbis Conſuetudo, ubi ſoror dotata excluditur a ſucceſſione patris ab inteſtato obeuntis per fratrem, locum habet etiam in dote promiſſa, ut ſupracitati DD. concludunt.

Verum tamen eſt, quod attinet ad petendam donationem propter nuptias ſoluto matrimonio, non eſſe ſatis dotem fuiſſe promiſſam, vel dictam, ſed omnino exigi, ut data viro ſit, *auth. dos data*, *C. de donationibus ante nuptias*, ubi dicitur: *Dos data donationem propter nuptias meretur*, Harmenopulus 4. *Prochiri* 10. *de hypobolo*; nam ita Græci donationem propter nuptias vocant, quod doti reſtituendæ ſubjiciatur, Cujacius 5. *obſ.* 4.

At ea munera, quæ ſponſus ante nuptias mittit ſponſæ, ut comtior & pulchrior appareat, ea *Theoretra*, θεώρετρα iidem Græci Juriſconſulti dicunt: & pleno Jure ſponſæ acquiruntur, ut in *Novella Conſtantini Porphyrogenneta* 12. ubi tamen θεώρετρον ſcribitur. Scilicet, niſi ſponſus fuerit proteſtatus ſe non donare, ſed commodare.

Nonnulla pro complemento ſuperſunt, de quibus ſeparatim videndum eſt. Sit ergo.

QUÆSTIO I.

Utrum dos Jus Univerſale ſit, an potius Particulare.

HAnc quæſtionem obſcuram facit non ſolum multiplex Doctorum opinio, verum id præcipue, quod non ſatis eſt ab ipſis explicatum, quid Jus univerſale ſit, quid Particulare, aliis alio modo accipientibus, non tam explicando quam ſupponendo. Ex eorundem tamen dictis videtur colligi, Jus univerſale eſſe, quod non eſt rei alligatum, nec ab ea dependet, itaut quidpiam afficiat rem, ſed non tangat Jus, quidpiam vero tangat Jus, ſed non afficiat rem. Hujuſmodi primo eſt hereditas, quæ ita a re non dependet, ut *hereditas etiam ſine ullo corpore Juris intellectum habeat*, ut dicitur in *l. hereditas etiam*, *ff. de petit. heredit.* Secundo, peculium, in quo æs alienum afficit Jus, non item res; nam ſi ſervo peculium legetur, deducitur, quod ſervus domino, vel conſervis, libertiſve domini debet, *l. ſi peculium legetur* 6. *ff. de peculio legato*: at ſi legentur ſervo ſpecialiter ea, quæ in peculio ſunt, æs alienum non deducitur, *l. ſi peculium ſervo*, *ff. cit. tit.* Præterea peculium non vindicatur, res ſingulæ vindicantur, *l. vindicatio* 57. *ff. de reivind.* ubi habetur, aliud eſſe in grege, ubi & grex, & ſingula corpora vindicantur. Ex his facile intelligitur, Jus particulare eſſe, quod rei alligatum omnino eſt.

His ita poſitis, receptum fere eſt poſt Bartolum, dotem Jus univerſale eſſe. Sequitur Fachineus 10. *contr.* 31. Merenda 3. *contr.* 2. Idque probant ex pluribus.

I. Ex perſpicuis Ulpiani verbis in *l. 1. in princ. ff. de dote prælegata*, ubi hæc habet: *Sed quod diximus*, *ipſo Jure dotem impenſis minui*, *non ad ſingula corpora*, *ſed ad univerſitatem erit referendum*. Ubi aliud rebus competit,

Digitized by Google

petit, aliud univerſitati; & ſub Univerſitatis nomine hic ſine dubio dos intelligitur, ut manifeſtum fit ex eodem Ulpiano in *l. quod dicitur, ff. de impenſis in rebus dotalibus*, ubi eandem propoſitionem his aliis verbis concipit: *Non enim ipſo Jure corporum, ſed dotis fit diminutio*. Ergo dos & Univerſitas idem ſunt; ut propterea merito dos Jus univerſale cenſenda ſit.

II. Quia dos ipſius filiæ proprium patrimonium eſt, *l. denique*, §. *ergo*, *ff. de minoribus*. Sed patrimonium eſt univerſitas, ſeu Jus univerſale, *l. ſi fideicommiſſum*, §. *tractatum*, *ff. de judiciis*, ibi: *Cum non loci ſit æs alienum, ſed univerſarum facultatum; æs enim alienum patrimonium totum imminuere conſtitit, non certi loci facultates*. Ergo ita quoque dos Jus univerſale erit.

III. Idipſum demonſtrant ex variis proprietatibus, & conditionibus, quæ Juris univerſalis propriæ eſſe videntur; nam impenſæ in una re dotali factæ poſſunt ex alia deduci, ut quod in ſemente erogatur, ſi non responderint meſſes, ex vindemia deducetur, & totius anni unus fructus eſt, *l. divortio*, §. *item ſi meſſes*, *l. ſi fundus*, §. *ult. ff. eod. d. l. quod dicitur*, *ff. de impenſis in rebus dotalibus*. Præterea in dote pretium loco rei ſuccedit, *l. res quæ ex dotali*, *ff. de Jure dotium*. Quæ omnia, & his ſimilia dotem Jus univerſale eſſe oſtendunt.

IV. Quia dos naſcitur, creſcit, decreſcit, moritur, quemadmodum de peculio dicitur in *l. peculium*, *ff. de peculio*. Naſcitur dos, cum traditur, nuptiæque ſequuntur, aut præceſſerunt: creſcit alluvione, creſcit confuſione uſusfructus, & ſimilium, de quibus in *l. un.* §. *cumque ex ſtipulatu*, *C. de rei uxor. act.* decreſcit caſu fortuito, & moritur ſoluto matrimonio, Cujacius in *d.* §. *cumque ex ſtipulatu*. Sed peculium ex communi Doctorum ſententia eſt Jus univerſale, ex *l. 6.* & *l. ſi peculium ſervo*, *ff. de peculio legato*, & *l. vindicatio 57. ff. de reivind.* Ergo etiam dos.

Verum hæc non quidem concludunt, dotem eſſe Jus univerſale, ut volunt; ſed ſolum probant dotem eſſe Univerſitatem. Quæ duo invicem longe diſtant. Nam Univerſitas non eſt Jus, ſed corpus quoddam a lege confictum, quod licet ex pluribus disjunctis, & diſtantibus conſtet, a lege tamen pro uno habetur, ut chorus, grex, municipium, & hujuſmodi reliqua, *l. rerum mixtura*, *ff. de uſucapionibus*, & tradit Seneca *epiſt.* 102. Id corpus ab Hotomano *Dejunctum* ſolet appellari. E contrario Jus Univerſale eſt, quod ſecum adnexam habet repræſentationem, & æs alienum, *l. ſciendum*, §. 2. *ff de ſeparationibus*, *auth. de Jurejur. a moriente præſtito*. Hæc ut facilius intelligantur, pro exemplo proponamus hereditatem, hæc enim in herede eſt Jus univerſale, qui propterea & defunctum repræſentat, & de ejuſdem ære alieno tenetur: at in emtore (cui ſcilicet heres totam hereditatem vendidit) non eſt, niſi Univerſitas, ſeu patrimonium: quare emtor non eſt loco heredis, neque tenetur excipere actiones hereditarias, licet ea lege emerit, ut creditoribus defuncti ſatisfaciat, *l. 2. C. de hered. vendita*.

Itaque quidquid Jus univerſale eſt, id etiam univerſitas eſt, at non contra. Nam hereditas eſt univerſitatis ſucceſſio, *l. 3. in princ. ff. de bonor. poſſeſſionibus*, quod alibi dicitur ſucceſſio in univerſum Jus, *l. hereditas*, *ff. de reg. Juris*, id eſt non in res ſingulas, in ſingula corpora, ſed in univerſum patrimonium, quod abuſive Jus vocatur.

Dicimus ergo duo. I. dotem non eſſe Jus Univerſale. II. eandem eſſe Univerſitatem.

I. Adeo verum eſt, dotem non eſſe Jus Univerſale, ut nec tale ſit, quamvis mulier omnia ſua bona in dotem dederit, *l. mulier bona*, *ff. de Jure dotium*; ubi cum in ſpecie propoſita quæreretur, an maritus quaſi heres creditoribus ſuæ uxoris reſpondere teneretur; ait Paulus non teneri, cum non ſit quaſi heres, ſed quidquid poſſidet titulo ſingulari dotis habeat. Verum quia non plus eſt in promiſſione bonorum, quam quod ſupereſt deducto ære alieno, ideo creditores agere contra mulierem, ut repetat a viro, quod in dotem non dediſſe cenſetur, idque ipſis reſtituat. Vide Fabr. *dec.* 48. *err.* 7. qui hæc eadem donationi omnium bonorum adaptat.

Neque obſtat, filiam nuptam poſſe a patre in dote inſtitui, quod hic Alexander objicit ex *cap. Raynutius*, *de teſtamentis*, & docet late Gl. in *l. denique*, §. *ergo*, *ff. de minoribus*; nam facilis reſponſio eſt, ex inſtitutione dotem tranſire in hereditatem, id eſt Univerſitatem, in Jus Univerſale, ut in omni inſtitutione accidit, in qua patrimonium defuncti mutatur in hereditatem, & e contrario per aditionem hereditas migrat in patrimonium heredis: unde quod ante aditam hereditatem eſt

ex-

Digitized by Google

expilatio, poſt aditam eſt furtum, *l. hereditariæ, ff. de furtis*. Verum eſt tamen, in ſpecie propoſita dotem utroque Jure frui, ſed diverſo reſpectu; nam quatenus eſt tradita viro, eſt Univerſitas: quatenus eſt relicta filiæ, eſt Jus Univerſale.

Præterquamquod facile negari poteſt, filiam poſſe a patre in dote jam conſtituta heredem inſtitui; neque hoc dicitur in *d. cap. Raynutius*. Et ratio eſt, quia dos eſt proprium ipſius filiæ patrimonium, quod mortuo patre, non exacta dote, filia ſuo Jure repetit etiam exheredata, vel præterita, vel bonis paternis abſtinens, *l. ult. ff. de collatione dotis*, *l. pater filiam*, *ff. ad l. Falc.* & ibi Goveanus eleganter tractat, Faber in *d. l. denique*, *§. ergo etiam*, *ff. de minoribus*, *&* *dec.* 13. *er.* 2.

II. Dotem eſſe Univerſitatem probant argumenta ſupra ab Adverſariis adducta; & manifeſte docet Ulpianus in *d. l. 1. in princ. ff. de dote prælegata*, ubi dos non appellatur Jus univerſale, ſed *Univerſitas*, eodem modo, ac ratione, quo patrimonium *Univerſitas* dicitur ab eodem Ulpiano in *d. l. ſi fideicommiſſum*, §. *tractatum*, *ff. de judiciis*. Idipſum eſt de peculio ex ſupracitatis Juribus.

Et eſt quidem dos Univerſitas, etſi unum corpus ſit, quod in dotem datum eſt, quaſi Jus omne in unum reciderit, ſicuti Municipii Univerſitas in uno capite ſuſtinetur, *d. l. 7. §. ult. ff. quod cujuſque Univerſitatis*. Et ita quam facillime reſoluta eſt tota hæc quæſtio, in qua tantopere Doctores inſudant, & æſtuant.

Unum notabimus, a Bartolo, & Soccino hic deductum, dotem eſſe Jus univerſale, quia in repetenda dote libellus incertus admittitur, *l. ult. C. de ſententiis, quæ ſine certa quantitate*, Gl. in *d. l. 1. &* 2. Quod argumentum utile omnino eſt; nam id fit, quia judicium dotis bonæ fidei eſt; quippe judicium bonæ fidei eſt pecuniæ incertæ, judicium ſtricti Juris eſt certæ, Cic. *pro Roſcio Comœdo*, & nos infra in actione ex ſtipulatu pro dote.

Hæc tamen omnia velim accipi de dote, quæ in matrimonio per uſum intervenit; nam ſi matrimonium coemtione celebretur, maritus eſt quaſi uxoris ſucceſſor, ut infra de dominio dotis dicemus. Proinde dos eo caſu Jus univerſale eſt.

QUÆSTIO II.

Utrum dotis incertæ promiſſio valeat.

IMplicat hanc quæſtionem duarum legum antinomia. Nam ex Papiniano in *l. cum poſt*, §. *gener*, *ff. de Jure dotium*, dos, quæ promittitur non demonſtrata re, vel quantitate, ſuſtinetur, eritque deinde conſtituenda juxta modum facultatum promittentis, & dignitatem viri, qui matrimonium contraxit. Placet recitare verba Juriſconſulti, quæ ſunt: *Gener a ſocero dotem arbitratu ſoceri certo die dari, non demonſtrata re, vel quantitate, ſtipulatus fuerat. Arbitrio quoque detracto ſtipulationem valere placuit*. Et deinde ſubdit: *Dotis etenim quantitas pro modo facultatum patris, & dignitate mariti conſtitui poteſt*. Ubi duo Papinianus habet. I. dotis incertæ promiſſionem valere, quia remiſſa in arbitrium Soceri. Neque in hoc præſens quæſtio verſatur; nam & Gordianus Imperator in *l. 3. C. de Jure dotium* idipſum ait, redditque hujus diſpoſitionis rationem, quia videtur boni viri arbitrium ſtipulationi inſertum eſſe. II. de quo quæſtio eſt, eam dotis incertæ promiſſionem ſibi conſtare, etiam ſecluſo ſoceri arbitrio. Ex quo rejicitur Azo, qui exiſtimabat dotis promiſſionem ideo a Papiniano pro valida haberi, quia arbitrium inſertum erat, alias non valituram. Quæ ſane explicatio aperte refutatur ex illis verbis textus, *Arbitrio quoque detracto*.

Contrarium ergo huic poſteriori Papiniani dicto eſt, quod Alexander Imperator docet, dum nullam marito concedit actionem ad petendam dotem, quæ ſine certa quantitate, vel ſpecie fuit promiſſa. Verba ſunt in *l. 1. C. de dotis promiſſione*: *Fruſtra*, inquit, *exiſtimas, actionem tibi competere, quaſi promiſſa dos tibi, nec præſtita ſit; cum neque ſpes ulla, neque quantitas promiſſa ſit, ſed hactenus nuptiali inſtrumento adſcriptum, quod ea, quæ nubebat, dotem dare promiſerit*. Et notandum hoc quoque caſu ſtipulationem interveniſſe, ut conſtat ex verbo *Promiſſa*, juncto verbo, *Inſtrumento*; nam ſi ſcriptum in inſtrumento fuerit promiſiſſe aliquem, perinde habetur, atque ſi interrogatione præcedente reſponſum ſit, *§. ſi ſcriptum*, *Inſtitutionibus de inutilibus ſtipulationibus*. Unde audiendus non eſt Accurſius in *d. l. 1.* dum putat, ibi ſimplex pactum, vel nudam promiſſionem interveniſ-

ſe.

ſe, & eapropter promiſſionem dotis incertæ invalidam declarari. Præterquamquod Alexander omnino in incertitudine nititur; & inſuper dotis promiſſio ſemper efficax eſt, quia ſemper ex beneficio legis interpoſita ſtipulatio cenſetur, *l. exactionem*, *C. de dotis promiſſione*. Notandum quoque, omnino ſomniare Forcatulum in *cupidine Juriſperito cap.* 2. *num.* 8. ideo maritum ab actione petendæ dotis excluſum, quia ex generali promiſſione omnia mulieris bona in dotem petebat; de qua re nullum verbum in toto eo contextu legere eſt.

His rejectis placet, ut cum Juriſconſultis Græcis Harmenopolo 4. *Prochiri tit.* 8. *cap. de dotis prærogativa*, & Thalelæo ad *l.* 1. *C. de dotis promiſſione*, ita diſtinguamus. Aut dos promiſſa ab eo eſt, qui ex officio dotem conſtituere tenetur, & quamvis incerta ſemper valet. Et hoc ait Papinianus in *d. l. cum poſt*, §. *gener*, ubi ſocer dotem promiſit, id eſt pater puellæ. Et ideo valet, quia pater ex officio dotem congruam filiæ conſtituere tenetur: proinde ejus promiſſio quamvis rei incertæ facta, ſemper tamen intelligitur certa Jure, id eſt congruæ dotis, quæ definitur ex quantitate facultatum patris, & ex qualitate viri: quare merito pater ex ea promiſſione convenitur. Aut dos eſt ab alio promiſſa, qui ex officio ad dotandum non adſtringitur, & cum incerta eſt, non obligat; ut eſt ſpecies Alexandri in *d. l.* 1. ubi mulier ſe ipſam dotavit. Et ideo non valet, quia determinari quanta dos ſit, non poteſt, & remanet incerta facto, & Jure, cum mulier ſibi dotem congruam conſtituere non teneatur: quare poſſet mulier vel unicum nummulum dotis nomine exhibere, ut Harmenopolus, & Thalelæus notant. Hinc ſibi imputet maritus, ſi incertæ dotis promiſſioni ſtetit. Hæc conciliatio non modo eſt Græcorum, ſed etiam veterum Latinorum, de quibus meminit Accurſius in *d* §. *gener.* Secuti eam ſunt Connan. 8. *comment.* 8. Duarenus 1. *anniverſar. diſp.* 16. Fachin. 8. *contr.* 75. Cujacius ad *tit. C. de dotis promiſſione*.

Quod diximus de patre, locum etiam habet, ſi pro filia ſecundo nubente dotem non deſignata quantitate, aut ſpecie promittat; quippe eo etiam caſu dos definita eſt a lege, ut non minor ſit ea, quæ in primis nuptiis intervenit; niſi forte ſubſtantia patris aliqua clade diminuta ſit: tunc enim datam filia ſecundo nubens dotem accipiet, quantam ſubſtantia patris ferre poteſt, §. *quia vero jam*, *cum ſeq. auth. de æqualitate dotis*.

PARS ULTIMA RUBRICÆ.

Quemadmodum petatur.

VIdendum hic nobis eſt de actionibus, quibus ſoluto matrimonio dos ab uxore petatur ſive repetatur; nam has præcipue reſpicit adverbium illud, *Quemadmodum*. Sunt autem tres, duæ in rem, reivindicatio, & hypothecaria; una in perſonam, id eſt ex ſtipulatu. De ſingulis dicamus.

De Reivindicatione dotis.

JUſtinianus in *l. in rebus*, *C. de Jure dotium* novum Jus in beneficium mulierum introducturus ſtatuit, pro omnibus rebus dotalibus, ſi tamen extent, ſive æſtimatis, ſive inæſtimatis, mulierem ſoluto matrimonio vindicationem habere. Cujacius rei rationem reddit in hæc verba: *Non enim quod legum ſubtilitate tranſitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta, vel confuſa eſt*. Itaque docet, res dotales non ſolum ab initio uxoris fuiſſe, ſed & conſtante matrimonio naturaliter in ejuſdem permanſiſſe dominio.

Qua in re plura difficilia occurrunt.

I. Cum ait, res dotales prius fuiſſe uxoris, videtur falſum, quoties dotem non ipſa mulier ſibi de ſuis bonis conſtituit, ſed alius de ſuis nomine mulieris, puta mater, frater, extraneus.

Sunt qui reſpondent ex Ulpiano in *l.* 3. §. *ult. ff. de donationibus inter virum & uxorem*, ubi ſi maritus debitorem ſuum uxori ſolvere juſſerit, dicitur nummos factos mariti, deinde uxoris. Si ergo in ſpecie noſtra dos ab extraneo data viro, videtur prius facta mulieris; nam celeritate conjungendorum actuum una actio occultatur. Quæ traditio brevi manu facta dicitur. Verum hic textus nihil ad rem noſtram, in qua nullus adeſt mulieris juſſus.

Placet ergo, ut ſolam hic contemplationem inſpiciamus; dubium enim eſſe non poteſt, quin extraneus dotem viro mulieris ſolvens, id contemplatione mulieris faciat, id eſt ut ipſa ita, tanquam dotata, facile nuptui tradi poſſit, & maritum inveniat, *l.* 1. *ff. de ritu nuptiarum*. Jam ſatis conſtat, quod contemplatione unius alteri traditur, id priori traditum

tum intelligi, & ab hoc deinde poſteriori, *l. profectitia, in princ. ff. de Jure dotium*, ubi ſi quis patri donaturus, dotem dedit, dos a patre profecta dicitur. Et hinc pendet diſpoſitio textus in *l. filiofam. ff. de conditionibus, & demonſtrationibus*, in quo legatum filiofamilias ſub hac conditione, *Si in poteſtate patris manſiſſet*, patri legatum videtur, & pater ſuo nomine legatum petet. Hæc quoque brevis manus eſt, ſed ſine Juſſu, ſola contemplatione. Itaque dos ab extraneo conſtituta, quia mulieris contemplatione datur viro, uxori data videtur, & ab uxore deinde viro. Quocirca recte Juſtinianus omnem dotem ab initio uxoris fuiſſe ait. Hæc intelligenda ſunt, modo pactum, ut ſoluto matrimonio dos revertatur ad dotantem, non adſit.

II. Extra omnem rationem eſſe videtur, cum Juſtinianus ſtatuit, rerum etiam, quæ æſtimato in dotem datæ ſunt, dominium apud uxorem manere poſt contractum matrimonium, & dotem ſolutam. Nam æſtimatio veram venditionem inducit, ex qua maritus fit verus & ſolus dominus fundi æſtimati; quare ſoluto demum matrimonio, non fundum, ſed pretium reſtituet, *l. quoties, C. de Jure dotium*, *l. plerumque, §. ſi ante, ff. cit. tit.* Hinc maritus fundum arbitratu ſuo, ſine conſenſu uxoris, alienare poteſt; quippe lex Julia, quæ alienationem fundi dotalis prohibet, non intelligitur niſi de fundo inæſtimato, *l. cum poſt divortium, §. in dotem, ff. cit. tit.* Hinc etiam, ſi res æſtimatæ poſt matrimonium creſcant, exempli gratia per alluvione, aut diminuantur, id omne lucro, & damno mariti cedet, *d. §. in dotem, & l. æſtimatæ, ff. hoc tit.*

Varie a Doctoribus reſponſum eſt apud Accurſium in *d. l. in rebus, v. æſtimate*. Nam Martinus cogitabat, Juſtinianum loqui de eo caſu, quo æſtimatio fit, non ad inducendam venditionem, ſed ſolum ad hoc, ut valor rei notus ſit, ut ſi culpa viri res deterior fiat, vel pereat, ſoluto matrimonio petatur id, quod intereſt; & ſi res extant, ipſæ reſtituendæ ſunt, ut in *l. ſi inter virum, C. de Jure dotium*.

Quidam vero Juſtinianum intelligunt, cum non ſolum res æſtimatæ ſunt, ſed præterea convenit, ut æſtimatio, aut res præſtetur, utrum mulier volet: quo caſu æſtimatio non ſtatim venditionem inducit, ſed tunc demum, cum facta electio eſt, interim rebus tanquam inæſtimatis manentibus, *d. l. plerumque, §. ult.* Quare nequibit maritus alienare, niſi ubi uxor pretium elegerit, *l. quod ſi fundus, ff. de fundo dotali*. Nil ergo mirum, ſi ante electionem mulier earum rerum dominium habere dicatur.

Utraque explicatio vera eſt. Accurſius tamen his minime contentus, Juſtinianum accepit in eo caſu, quo vir conſtante matrimonio vergit ad inopiam; tunc enim voluit, uxori actionem rei vindicationis utilem pro rebus æſtimatis impartiri, *l. uxor marito, in fine, ff. de donationibus inter virum*. Quæ nullo modo arrident; nam neque illa lex quicquam de dote habet, ſed de pecunia ab uxore marito ſuo donata, quæ donatio ex oratione Antonini Auguſti nullius momenti eſt; & præterea textus in *d. l. in rebus*, loquitur de repetitione dotis ſoluto matrimonio, ibi, *Poſt diſſolutum matrimonium*. Itaque a duabus primis explicationibus recedendum non eſt.

III. Generaliter quod Juſtinianus affirmat, dotis dominium conſtante matrimonio eſſe apud uxorem, etiam in rebus inæſtimatis, recipi non poſſe videtur. Verum quia hæc difficultas ob ſui gravitatem, meretur ſpecialem diſcuſſionem, ideo ſit.

QUÆSTIO UNICA.

Utrum dotis dominium ſit apud virum, an potius apud uxorem.

URgent non leves ex utraque parte rationes, ut recte in noſtra lege ab Accurſio *v. naturali Jure*, animadverſum eſt. Nam ex una parte dominium dotis inæſtimatæ manere apud virum, ex pluribus fit manifeſtum, quæ Bulgarus, & Joannes notant.

I. Quia ad acquirendum rerum dominium Jure naturali duo exiguntur, traditio, & titulus juſtus, quæ ſane omnia accidunt in dote data, ut expreſſe habetur in *§. ſed ſi quidem, Inſtitut. de rer. diviſione*: quare dotis dominium viro quæſitum eſt. Præſertim quia dos donationibus accenſetur, *l. ult. in princ. C. de donationibus ante nuptias*. Unde eſt, quod ſi res aliena in dotem viro tradita ſit, licet ſtatim dominus non fit, fiet tamen dominus per uſucapionem, ut in *tit. ff. pro dote*. Et recte dos dicitur tranſire in patrimonium viri, *d. l. in rebus*, & dotis datione dominium mutari, *l. quoties, § ult. ff. de peculio*.

II. Quia vir omnes dominii effectus obtinet;

net; ipſe enim rei vindicat, *l. dote ancillam, C. de reivindicat.* manumittit ſervum dotale, *l. 1. C. de ſervo pignori dato, l. ſervum dotalem, ff. eod.* & juſſet, ſervum dotalem hereditatem adire, *l. ſervus dotalis, ff. hoc tit.*

III. Ex verbis legis Juliæ, quæ licet marito prædii dotalis in ſolo Italico alienationem prohiberet, fatetur tamen eum ejuſdem apud ſe habere dominium, *tit. Inſtitutionum quibus alienare licet, in princ. & §. 1.*

Ex altera parte dotis inæſtimatæ domina videtur uxor, quod volebat Martinus, ſcilicet tum quia dos eſt proprium patrimonium mulieris, *l. in eum. ff. de religioſis, l. denique, §. ergo, ff. de minoribus;* tum etiam, quia theſaurus in fundo dotali a marito inventus uxori reſtituitur, quaſi in alieno inventus, *l. divortio, §. ſi fundum, in fine, ff. eod.* Tum tandem, quia partus ancillæ dotalis uxoris eſt, *l ſi marito, §. ult. ff. eod. l. un. §. itaque, C. de rei uxor act.*

Accedit, quod uxor conſtante matrimonio eſt domina rerum viri, ut diximus ex *l. 1. ff. rerum amot. cum concordantibus.* Ergo multo magis erit domina dotis.

Pro his conciliandis varie Doctores diſtinguunt. Et quidem Vultejus *diſcept. 19.* breviter rem confici poſſe putat, ſi dicamus, rei in dotem datæ dominam eſſe mulierem, ſed dotis ipſius, hoc eſt Juris, dominum eſſe maritum. Quæ tamen diſtinctio aperte rejicitur, quia rei dotalis maritus dominium per traditionem acquirit, & quia rem vindicat, & tandem, quia in *cit. tit. Inſtitutionum quibus alienare licet,* aperte maritus prædii dotalis dominus dicitur, licet ejuſdem alienandi poteſtatem non habeat.

Alio ſe vertit Cujacius 10. *obſ.* 32. qui docet, inſpecto initio, quoniam traditur marito dos, dotis dominum ſolum eſſe maritum Jure naturali. Inſpecto exitu, quia plerumque morte mariti, aut divortio ſoluto matrimonio, dos redit ad mulierem, duos eſſe dominos, unum Jure naturali, nempe mulierem, alterum fictione Juris civilis, id eſt maritum. Sed neque hæc ſatisfaciunt.

Hæc quæſtio de dominio rerum dotalium, quæ hodie magna eſt, olim nulla omnino erat, & componebatur ſolenni ea diſtinctione dominii Quiritarii, & Bonitarii; quam etſi abolere conatus ſit Tribonianus in *l. un. C. de nudo Jure Quiritum tollendo;* tamen eo invito in pluribus noſtri Juris partibus remanſit, veluti in bonorum poſſeſſionibus; quippe filius emancipatus, exempli gratia, dum patri beneficio Prætoris per bonorum poſſeſſionem ſuccedit, res patris in bonis habet, ſed eidem heres non eſt, quod eſt tantundem ac ſi dicas, dominum fieri Bonitarium, non etiam Quiritarium; nam quis heres non ex Prætoris edicto, ſed ex Jure Quiritium fit, *§. quos autem, de bonor. poſſeſſionib.* Remanſit etiam inter heredem, & fideicommiſſarium; nam reſtituta ex Trebelliano hereditate, heres adhuc heres eſt, id eſt dominus Quiritarius, licet res in bonis fideicommiſſarii ſint, qui propterea dominus Bonitarius eſt, *§. reſtituta, de fideicomm. hereditatibus.* Et ob eam rationem partus ancillarum ante diem fideicommiſſi editos heres retinet, nec reſtituit, licet in quartam & quartæ fructus imputet, *l. 24 ff. ad l. Falc.* Ita etiam ſuus heres dum ab hereditate beneficio Prætoris abſtinet, nil niſi dominium Bonitarium amittit; adhuc enim heres eſt, ſive dominus Quiritarius, *l. 1. §. qui ſunt in poteſtate, ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti.* Quamvis ſi verum fateri licet, a Triboniano dominium Quiritum eo ſolo caſu ſublatum videtur, quo nudum eſt, ut ipſe titulus oſtendit, qui ita concipitur, *De nudo Jure Quiritum tollendo.*

Sed ut alia multa hujus diſtinctionis veſtigia, quæ paſſim in Jure noſtro occurrunt, omittam, ſatis ſint ea, quæ circa dominium rerum dotalium extant; non enim ex alio fonte emanat, quod harum rerum dominium modo tribuitur marito, modo uxori. Dicendum eſt ergo utrumque verum eſſe, ita tamen, ut uxor domina Quiritaria ſit, maritus vero dominus Bonitarius.

Conſtat id expreſſe ex Tryphon. in *l. quamvis, ff. de Jure dotium,* ubi habetur: *Quamvis in bonis mariti dos ſit, mulieris tamen eſt.* Eſt dos in bonis mariti, id eſt vir ejus dominium habet, ſed bonitarium; quod ex hac ipſa lege patet, cum paulo poſt dicitur: *Quamvis apud maritum dominium ſit.* Duo ergo hic ſimul habentur, maritum eſſe dominum dotis, & eam in ſuis bonis habere. Quæ nihil aliud aut valent, aut valere poſſunt, quam ipſum dominium bonitarium eſſe. Cum vero additur, *dotem mulieris eſſe,* id niſi de dominio Quiritario capi non poteſt. Neque obſtat quod dicitur, duos in ſolidum ejuſdem rei dominos eſſe non poſſe, *l. ſi ut certo, §. ſi duobus, ff. commodati;* nam id de ejuſdem domi-

Digitized by Google

dominii genere intelligendum eſt, non de diverſo, *d. l. un. C. de nudo Jure Quir. toll.* ſicuti quoque de eodem dominii genere capiendum eſt, cum dicitur, id quod noſtrum eſt, amplius noſtrum fieri non poſſe; nam qui dominus bonitarius eſt, poteſt amplius Quiritarius fieri, ex *l. ſi finita*, §. *Julianus*, *ff. de damno infecto*, ubi qui ſecundo decreto a Prætore dominus conſtitutus eſt, poteſt per longum tempus dominium capere; quippe ex decreto Prætoris fit dominus quidem, ſed bonitarius: cum vero is idem deinde uſucapit, fit amplius Dominus, ſed Quiritarius.

Eſt ergo uxor conſtante matrimonio, dote tradita, domina dotis Quiritaria, quia ejus rei proprietatem habet. Ex quo fonte oriuntur ea omnia, quæ ſupra ex Martino adduximus, nempe, ut theſaurus in fundo dotali a marito inventus, uxori reſtituatur, quaſi in alieno inventus, *l. divortio*, §. *ſi fundum*, *ff. eod.* & ſervi dotales reſpectu mariti, vocentur alieni, *l. ſi conſtante*, §. *ult. ff. eod.* & ut partus ancillæ dotalis uxoris ſit, *l. ſi marito*, §. *ult. ff. eod. l. un.* §. *itaque*, *ff. de rei uxor. act.* partus enim ancillæ, cum in fructu non ſit, ad proprietarium pertinet, *l. unus*, *ff. de uſufr.* & hoc domum ſenſu dicitur, dotem eſſe proprium patrimonium mulieris, *l. in eum*, *ff. de religioſis*, *l. denique*, §. *ergo*, *ff. de minoribus*: ita dotem mulieris eſſe, *l. pater filiæ*, *ff. de evictionibus*.

E diverſo maritus, quia res dotales in bonis habet, capit ex his uſum, capit fructum, ideo dominus bonitarius eſt, *d. l. quamvis*, cui concordat Paulus in *l. Lucius Titius*, §. *idem reſpondit* 4. *ff. ad municipalem*, ibi: *Idem reſpondit conſtante matrimonio dotem in bonis mariti eſſe*. Boetius in *Topicis Cic. Dos licet matrimonio conſtante in bonis viri ſit, eſt tamen inter uxoris Jura*. Unde originem ducunt quæcumque Bulgarus urgebat, nam cum in *l. dotale prædium*, §. *dotale*, *ff. de fundo dotali*, dicitur dotalis prædii dominium marito quæſitum eſſe, id de dominio bonitario capiendum eſt. Quo etiam ſenſu lex Julia prædium dotale mariti eſſe ait, § 1. *tit. quibus alienare licet*. Hinc fit, ut uxor, quæ ante traditam dotem plenum in ea dominium habebat, ea tradita, faciat maritum dominum bonitarium, ipſa remanente domina Quiritaria; & hoc eſt, quod habetur in *l. quoties*, §. *ult. ff. de peculio*, ubi *dotis datione dominium mutatum dicitur*; ubi notamus non dici dominum mutari, ſed mutari dominium, id eſt ex pleno abire in Quiritarium, & Bonitarium.

Ex hoc eſt, quod dos dicitur tranſire in patrimonium viri, *l. in rebus*, *C. de Jure dotium*: quod vir manumittit ſervum dotalem, *l. 1. C. de ſervo pignori dato*: quod jubet ſervum dotalem hereditatem adire, quæ tamen uxori quæritur, *l. ſervus dotalis*, *ff. eod.*

Conſentit his omnibus Juſtinianus in *d. l. in rebus*, *C. de Jure dotium*, cum ait, res dotales & ab initio uxoris fuiſſe, & naturaliter in ejus permanere dominio, licet legum ſubtilitate tranſitus earum in patrimonium mariti videatur fieri. In quibus verbis explicandis quo ſubtiliores noſtri ſtuduerunt videri, eo obtuſiores extiterunt; nam legum ſubtilitas, de qua Juſtinianus meminit, non eſt, niſi hæc dominii Quiritarii, & Bonitarii diſtinctio, quam ipſe abolere tentavit, nec tamen quod voluit, præſtare potuit. Quod ſi uxor in re dotali dominium non niſi Bonitarium habeat, veluti ſi uſumfructum doti det, *l. intereſt*, *C. de uſufr.* transferet quidem in virum dominium Bonitarium, ſed Quiritarium ſibi non retinebit, quod nunquam habuit.

Illud tamen in difficili eſt, utrum hæc in matrimonio quocunque modo contracto locum habeant, an in aliquo tantum? Et placet, quod docuit P. Antonius de Chavarri in *didaſcalia multiplici par.* 2. *cap.* 7. *n.* 12. Docet is, hæc quæ diximus, locum tantummodo habere, ſi matrimonium uſu contractum ſit; aliter re ſe habente in eo, quod per coemtionem celebratur, in quo plenum rei dotalis dominium, id eſt Quiritarium, & Bonitarium, tranſit in virum.

Patet id J. Jure ex Papiniano in *l. dotalem ſervum*, *ff. eod.* ubi vir dotalem ſervum invita, & refragante uxore, manumiſit; hic vero condidit teſtamentum, ipſumque virum, patronum ſuum, heredem inſtituit. Quæ lex plus habet in receſſu, quam in fronte promittat. Quæ omnia in ſpeciem facillima videntur, at ſi penitius introſpiciantur, maximas involvunt difficultates; nam hic ſervus per manumiſſionem non eſt factus Latinus, ſed Civis Romanus; quippe ſolum Cives Romani, qui majorem libertatem conſequebantur, poterant teſtamentum condere, non etiam Latini, qui vivebant ut liberi, moriebantur ut ſervi, teſtamenti factione carentes,

tes, *d. l. un. C. de latin. libertate toll.* Teophil. in *tit. de Libertinis*, Cajus 1. *Inſt.* 1. Itaque dubitari non poteſt, in ſpecie Papiniani ſervum ex manumiſſione Civem Romanum factum, ut qui teſtatus eſt. Ergo maritus in eum, licet dotalem, non tantum dominium Bonitarium habebat, ſed etiam Quiritarium; nam dominus Bonitarius, manumittendo non faciebat, niſi Latinos a Junio Norbano introductos; & ad Cives Romanos conſtituendos, omnino dominio Quiritario opus erat, *d. l. un.* Unde fit, quod dicebamus, maritum in rebus dotalibus plenum dominium habere; & quia hoc ex ſupradictis, in matrimonio uſu verum eſſe non poteſt, propterea de matrimonio per coemtionem intelligendum eſt.

II. Probatur ratione, quæ tamen varia affertur. Nam Chavarri tres producit. Prima eſt, quia coemtio univerſalis ſucceſſionis ſpecies eſt. Quod probare nititur ex Cajo 2. *Inſtit.* 2. ubi hæc habet: *Per univerſitatem, hoc eſt, omnia ſimul bona, acquirimus hereditate, emtione, adoptione*; licet enim hæc verba capi poſſint de magiſtro, qui bona debitoris obærati emebat, quam emtionem fuiſſe olim univerſalem acquirendi modum teſtatur Juſtinianus in *tit. Inſt. de ſucceſſionibus, quæ fiebant per bonorum venditiones*; tamen cum generatim dicatur, *Emtione*; nihil obſtat, quin de noſtra coemtione accipi poſſint. Quare ſi maritus per coemtionem omnia, & ſingula uxoris Jura acquirit, neceſſario fit, ut nihil apud uxorem remaneat, & plenum dominium in maritum transferatur.

Altera eſt, quia uxor coemta tranſit in poteſtatem viri, eique loco filiæfamilias eſt, & ſuis heredibus accenſetur; Ulpianus *tit.* 22. §. *ſui*, illis verbis: *Sui autem heredes ſunt liberi, quos in poteſtate habemus, tam naturales, quam adoptivi: item uxor, quæ in manu eſt*, Gellius 18. *N. A.* 6. Jam filiafamilias olim nihil proprium habebat, *l. cum oportet*, §. 1. *C. de bonis, quæ liberis*. Ergo neque uxor coemta. Utramque rationem confirmare videntur verba Ciceronis in *Topicis*. *Cum mulier*, inquit, *viro in manum convenit, omnia quæ mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine*: nam illud, *omnia*, & ſpeciem modi utilis acquirendi denotat, & omnis cujuſque dominii tranſlationem in virum.

Ultima tandem, quia coemtio maximam ſimilitudinem habet cum arrogatione, per quam omne dominium in arrogatorem transfertur.

Has tamen rationes eaſque certiſſimas nos ex manifeſtis veteris Juris principiis deducemus, ut verum diſcrimen, quod ad dotem pertinet inter matrimonium uſu, & coemtione recte intelligatur; nec dubito placiturum me illis, qui Juriſprudentiæ fontes deguſtarunt. Non omnibus modis dominium Quiritarium acquiri, ſed certis tantum ex Jure civili Quiritium introductis, conſtat inter omnes. Hi ex Varrone in ſex omnino rebus poſiti ſunt, Hereditate, Mancipatione, in Jure Ceſſione, Uſucapione, ſub corona Emtione, & Auctione, quos explicat Sigonius 1. *de antiquo Jure Civium Romanorum* 11.

His poſitis, quæ certiſſima ſunt. Quia maritus dotis dominium acquirit, videamus quo modo, quove Jure acquirat. Et quidem in matrimonio per coemtionem acquirit de Jure Quiritium, eo modo, qui mancipatio vocatur; nam mancipatio eſt imaginaria venditio, dato nummo uno quaſi in ſimilitudinem pretii, ut latius explicatur a Caſſiodoro 1. *Inſt.* 5. ab Ulpiano *tit.* 20. *de teſtamentis*, §. 1. De eo nummo mentio habetur in *l. ſi quis conduxerit, ff. locati*, & in *l. ult. C. de donationibus*. Jam ipſum coemtionis nomen ſatis oſtendit, in matrimonio, de quo agimus, mutuam imaginariam venditionem interceſſiſſe, quæ & ipſa nummo uno fiebat. Unde non *Emtio* ſimpliciter, ſed *Coemtio* dicta eſt. De uxore emente nihil ad nos. Videndus tamen Sigonius *lib.* 1. *cap.* 9. Sane uxorem venditam fuiſſe marito, conſtat ex eo, quod capite per manus conventionem minuitur, Ulpianus *tit.* 11. §. *minima*: *Minima*, inquit, *capitis diminutio eſt, per quam & civitate, & libertate ſalva, ſtatus dumtaxat hominis mutatur: quod fit adoptione, & in manum conventione*. Omnis enim minima capitis diminutio ex imaginaria venditione deſcendit; nam filiusfamilias non ideo per emancipationem capite minuitur, quia fit ſui Juris (aliter filiusfamilias quibusvis modis patrio Jure ſolutus, capite diceretur minui) ſed quia vendebatur a patre. Et hoc eſt, quod ait Paulus in *l. liberos*, §. 1. *ff. de capite minutis*. *Cum emancipari nemo poſſit, niſi in imaginariam ſervilem cauſam deductus*, Goveanus 1. *lect.* 26. Ita quoque adoptatus capite diminuitur, quia adoptanti vendebatur,

tur, Gellius 5. *N. A.* 19. *Adoptantur autem, quum a parente; in cujus poteſtate ſunt, tertia mancipatione in Jure ceduntur;* Suetonius in Aug. *cap.* 64. *Cajum, & Lucium adoptavit domi per aſſem & libram emtos a patre Agrippa.* Ita ergo uxor, quia emta a viro, minimam capitis diminutionem ſubibat.

Ex hoc Juris principio plura deducuntur; nam inde fit, quod uxor coemta tranſit in familiam viri, in viri manu, mancipioque eſt, & in ſui heredis locum venit, Gellius *lib.* 18. *cap.* 6. Ulpian. *tit.* 22. & *tit.* 23. *Agnaſcitur ſuus heres . . . in manum conveniendo:* Sicuti adoptatus olim (ut interim de arrogato ſileam) in adoptivi patris familiam, & poteſtatem tranſibat, eique ſuus erat heres, quod hodie ſolum ab inteſtato obtinet, §. *ſed hodie, de adoptionib.* Et ſicut ex adoptione, tanquam minima capitis diminutione ſolvitur tutela, § *minima, quibus modis tutela finitur:* ita non modo pupillaris, ſed etiam ceſſitia tutela ex matrimonio per coemtionem ſolvitur, Boetius in *Topicis*, Livius, *lib.* 39. Cujacius 7. *obſ.* 11.

Ceterum hæc imaginaria venditio fiebat nummo uno, pretii loco, qui *aſſis Cajanus* Statio dicitur.

Emtum plus minus aſſe Cajano.

Ex verbis ſcilicet, quibus uxor utebatur, *ubi tu Cajus, ego Caja*, de quibus poſt Plut. Coraſius 5. *miſc.* 14. Briſſonius *de ritu nupt. fol.* 42. Chavarri *loc. cit. n.* 9. aliique.

Jam ſi verum eſt, quod eſt veriſſimum, mancipatione omne quodcunque dominium, etiam Quiritarium acquiri, palam eſt in coemtione, quæ mancipando celebratur, viro non modo dominium Bonitarium, ſed etiam Quiritarium acquiri in omnia uxoris bona dotis nomine, quod Cic. ajebat. Quod affirmatur exemplo arrogationis, ex qua olim, ob mancipationem, omne dominium in arrogatorem transferebatur. Et hoc eſt, quod vult Juſtinianus in *tit. de acquiſitione per arrogationem, in princ.* cum ait: *Omnes res . . . arrogatori antea quidem pleno Jure adquirebantur.* Pleno Jure, id eſt, tam in quantum ad dominium Bonitarium, quam Quiritarium.

Non ita eſt de traditione, quæ eſt modus acquirendi non de Jure Quiritium, ſed de Juregentium, ut quæ in uſu fuit apud omnes gentes toto terrarum orbe diffuſas, §. *per traditionem, de rerum diviſione*, ibi: *Per traditionem quoque Jure naturali res nobis acquiruntur.* Ubi *Jus naturale* dicitur, ut ſæpe alias, quod Juſgentium frequentius appellatur. Propterea traditio dominium Quiritarium non transfert, ſed tantummodo Bonitarium, ad quod nuda traditio ſatis eſt, Boetius in *Topicis*. Itaque cum in matrimonio uſu dos non mancipetur, ſed tantum tradatur, *l. de diviſione, ff. eod.* aut etiam detur, *l. dotale*, §. *dotale, ff. de fundo dotali*; proinde in ea nil niſi dominium Bonitarium viro acquiritur.

His ita reſolutis, plura in noſtro Jure obſcura lucem recipiunt; ſed quædam tantum in medium protuliſſe ſit ſatis.

I. Intelligitur Scævola in *l. cum maritus*, §. *fin. ff. de pactis dotalibus*, ubi mulier in teſtamento *quoſdam ex dotalibus ſervis manumiſit*, id eſt libertatem directo in teſtamento dedit, ut liberti orcini eſſent; id enim indicat verbum illud, *manumiſit*. Nempe id intelligendum eſt de uxore uſu, quæ conſtante matrimonio domina dotis eſt de Jure Quiritium. Et quidem recte; nam directo libertatem nemo in teſtamento dare poteſt, niſi vel dominus Bonitarius, quo caſu fit libertus Latinus, Ulpianus *tit.* 22. §. *cum ſervum*: vel dominus Quiritarius, & ſervus juſtam libertatem acquirit, id eſt Civis Romanus fit, idem Ulpianus *tit.* 1. §. *juſta.* Quare uxor coemta cum nullum in res dotales dominium retineat, conſequens omnino eſt, ut in ſpecie Scævolæ uxor uſu fuerit, ut libertas ſervo dotali directo in teſtamento collata, valida ſit. Dixi directo; nam ſervis alienis per fideicommiſſum relinquitur, ſi modo domini rogentur, ut manumittant; nam eo caſu non qui rogat, ſed qui rogatus eſt, manumittit, *l. ſervo ſuo, C. de teſtamentaria manumiſſione.*

II. Intelliguntur Imperatores in *l. dote ancillam, C. de reivind.* ubi contendentibus uxore, & marito de reivindicatione ancillæ dotalis, vincit maritus. Satis dubium eſt de quo matrimonio id capi oporteat; nam licet verum ſit, in rem actionem competere tam ei, qui Juregentium, quam ei qui Jure civili dominium acquiſivit, id eſt tam domino Bonitario, quam Quiritario, *l. in rem, in princ. ff. de reivind.* Dubium tamen eſt, cur maritus vicerit, eique potius, quam uxori tributa reivin-

Digitized by Google

reivindicatio ſit. Dicendum eſt, ab Imperatoribus ſermonem non haberi de matrimonio uſu, in quo recte ancillam vindicaſſet uxor, ut quæ de Jure Quiritum domina eſt; nam & filius in poteſtate recte a patre vindicatur adjecta cauſa, *De Jure Quiritum*, *l.* 1. §. 1. *ff. cit. tit.* Sed potius eos loqui de uxore, quæ per coemtionem in manum viri convenit, & omne rerum ſuarum dominium dotis nomine in virum tranſtulit.

Obiter hic notandum eſt, non recte ſenſiſſe Anton. Fabr. in *Jurisprudentia Pap. tit.* 9. *princ.* 4. *illation.* 9. dum explicans textum in *d. l.* 1. §. 1. vindicationum omnium ſolemnem clauſulam illam fuiſſe ait, *Hanc rem ex Jure Quiritum meam eſſe ajo*. Si enim ita eſt, utique dominus Bonitarius, qui Juregentium dominium acquiſivit, nunquam vindicabit, contra textum in *d. l. in rem, in princ.*

III. Intelligitur Scævola in *l. Seja*, §. 2. *ff. ad Vellejan.* ubi uxoris fundus prius a marito, tam ab uxore hypothecæ ſuppoſitum fuit. Varie a Doctoribus explicatur. Alii enim de fundo non Italico, ſed de provinciali capiunt, qui obligari a viro poterat; quod non erat de fundo Italico, qui nec uxore conſenſiente valide obligabatur, §. 1. *Inſtitutionibus quibus alienare licet*, *l. un.* §. *& cum lex*, *C. de rei uxor. act.* Quidam de fundo Italico accipiunt, ita tamen ut obligatio viri de Jure non præceſſerit, Chavarri *par.* 2. *didaſcalia*, *cap.* 10. *num.* 9. Quidquid tamen ſit de viro, illud conſtat pignus ab uxore contractum, fuiſſe validum. Unde idem Chavarri colligit, dominum Quiritarium rem, in qua alter dominium Bonitarium habet, pignori obligare poſſe ſine domini Bonitarii conſenſu, quod eſt contra Fabr. *dec.* 63. *err.* 5.

De Hypothecaria dotis.

IN eadem *l. in rebus*, §. 1. ſtatuit Juſtinianus, ut mulier pro dote ſive æſtimata, ſive inæſtimata, præter reivindicationem, haberet quoque hypothecariam actionem. Quæ differunt, quia mulier habet illam ut domina, hanc ut creditrix ſub pignore. Præterea quia reivindicatio in unas modo res dotales locum habet, hypothecaria vero in cetera etiam viri bona poteſt intendi, Harmenopulus 4. *Proch. tit.* 8. *cap. de dotis prærogativa*, *Scholio* 1.

Verum hæc l. produc, ut pro omni dote profectitia, vel adventitia omnia mariti bona tacite Jure pignori obligata ſint, *l. un.* §. *& ut plenius*, *C. de rei uxor. action.*

II. Ut hæc tacita hypothecaria competat non pro una modo dote, ſed etiam pro paraphernis, id eſt pro aliis bonis mulieris extra dotem, quæ protulit in domum viri, contulitve in ejus manum, *l. ult. C. de pactis conventis*.

III. Ut viro etiam detur Jus taciti pignoris in bonis uxoris, ſi petat dotem promiſſam: vel dote data, ſi agat de evictione rerum dotalium, ſi forte ei ablatæ ſunt Jure judicioque, *d.* §. *& ut plenius*, & aget vir adverſus uxorem actione ex emto, cum res ei datæ fuerunt æſtimatæ, *l.* 1. *C. de Jure dotium*, *l. quoties*, *ff. cit. tit.* Aget vero ſimpliciter de evictione rerum dotalium, ſi res inæſtimatæ ſunt; quando ſcilicet mulier in eis rebus dandis ultro cavit marito de evictione, *l. non ſolum*, *ff. de Jure dotium*.

Dubium tamen eſt, qua ratione uxor cum ſit rei dotalis domina, ejuſdem rei pignus poſſit habere; nam certiſſima Juris regula eſt, pignus rei ſuæ conſiſtere non poſſe, *l. neque pignus*, *ff. de reg. Juris*, *l. ſi rem alienam*, *ff. de pignor. act.* cum nemini res ſua poſſit eſſe obligata; quare Paulus reſpondit non poſſe pignus perſeverare, cum creditor ipſe rei dominus factus eſt, *l. ex ſexta*, *ff. de except. rei judic.* Et ſi res aliena emta bona fide, mihi pignori data ſit, deſinit pignus eſſe, quando dominus me heredem inſtituit, *l. ſi rem alienam*, *ff. de pigner. act.* Vide Schifordegherum *lib.* 2. *tract.* 22. *q.* 2.

Pro reſponſione, concedimus nemini rem ſuam pignori eſſe, at negamus, nemini in rem ſuam pigneratitiam competere; lex enim aliquando ex bono & æquo etiam ubi pignus non eſt, actionem pigneratitiam concedit, id eſt domino in rem ſuam. Plura hujus rei exempla habemus. Primum eſt in *l. debitor*, *ff. ad Trebell.* ubi creditor inſtitutus heres a debitore ſub pignore, & fideicommiſſo gravatus, ſi coactus Juſſu Prætoris adiit, & proinde dominus pignoris factus eſt; tamen reſtituto ſolido, habet actionem Servianam pro recuperanda re a fideicommiſſario. Ex quibus clare conſtat, dari heredi ex bono & æquo pigneratitiam, non exiſtente contractu pignoris, ut qui aditionem reſolutus eſt; bonum autem & æquum in eo nititur, quia verum eſt, non eſſe creditori ſolutam pecuniam, ut

textus

Digitized by Google

textus ibidem ait. Secundum exemplum eſt in *l. pen. §. Latinus in fine, ff. de except. rei judicatæ*, ubi qui rei ſibi hypothecatæ nactus eſt dominum per traditionem ex cauſa tranſactionis, obtinet contra creditores ejuſdem rei actionem pigneratitiam, extincto licet pignore, ut clare ibi Paulus ait: *Neque enim poteſt pignus perſeverare domino conſtituto creditore: actio tamen pigneratitia competit.*

His ergo exemplis motus Juſtinianus, cum videret in dote æquum & bonum pleniſſime locum habere, *l. Jure ſuccurſum, § fin. ff. de Jure dotium*; propterea ſtatuit, uxorem in rebus dotalibus, quamvis hæ in eius dominio ſint, habere pigneratitiam, nullo licet pignore, neque nunc, neque olim exiſtente.

Ceterum his actionibus uxor ſimul uti non poteſt, ſed una electa altera tollitur, exemplo ejus, quod de legatario dicitur in *l. cum filius, §. variis, ff. de leg. 2.* ubi ideo variis actionibus legatorum ſimul legatarius uti non poteſt, quia legatum eſt unum: quod ipſum etiam de dote eſt, quæ licet ex pluribus rebus conſtet, tamen una ſemper dos eſt, *l. ſi proprietati, ff. de Jure dotium*, ubi ſi nudæ proprietati in dotem datæ uſusfructus acceſſerit, incrementum videtur dotis, non alia dos, tanquam ſi quid alluvione acceſſiſſet. Tandem ſi uxor agat reivindicatione contra creditores mariti rerum poſſeſſores, iſti Jure offerendi non gaudent, & omnino reſtituere coguntur: ſecus, ſi agat hypothecaria, nam poſterior creditor hypothecarius habet Jus ſolvendi priori creditori id, quod ei debetur retenta ſibi re, *l. potior, §. ſi paratus, ff. qui potiores in pignore*. Id vulgo Jus offerendi dicitur.

Huic tacitæ hypothecæ, quam uxor in bonis viri habet, adjecta cenſetur clauſula Conſtituti, ex qua uxor veram rerum hypothecatarum poſſeſſionem nanciſcitur, quarum cuſtos tantummodo maritus intelligitur ex *l. quod meo, ff. de acq. poſſ.* Præterea adjectum cenſetur Pactum executivum, ut liceat uxori propria auctoritate ingredi poſſeſſionem rerum ſibi obligatarum, *l. pignoris, C. de pigner. act.* Tamen ut civilius agat, receptum eſt, ut in eam rem Judicis auctoritatem interponat, *l. 3. C. de pignoribus*, id eſt petat a Judice eas res ſibi attribui in ſatisfactionem dotium. Et hoc eſt Judicium, quod in Regno Aſſiſtentiæ dicitur. Ita Faber in *Cod. hoc tit. def. 4.* Marin. 2. *reſ.* 242.

QUÆSTIO I.

An & quando prælatio, quam mulier in hypotheca habet, ſit contra mariti creditores, expreſſam hypothecam habentes.

Olim mulier agens perſonali actione rei uxoriæ omnes fere alios creditores mariti agentes ex idiochiro, ſeu chirographo, antecedebat, quamvis tempore anteriores: at vero agens hypothecaria repellebatur a creditoribus, qui hypothecas anteriores habebant, *l. aſſiduis, §. nos itaque, C. qui potior. in pignor.* Ratio diſcriminis erat, quia inter creditores perſonales non intelligitur tempus, ſed cauſa, ut qui in potiorem cauſam dedit, licet poſterior, præferatur, *l. privilegia, ff. de privilegiis creditorum*: ſecus eſt inter hypothecarios, ubi non cauſa, ſed tempus attenditur, *l. creditor 12. §. ſi primo ff. qui potiores in pignor. l. eos, C. eit. tit.* Hinc ergo factum eſt, ut olim mulier agens actione perſonali, quia cauſa dotis potiſſima eſt, præferretur quidem creditoribus aliis agentibus etiam ex perſonali, quamvis anterioribus tempore, at non item agentibus ex hypothecaria.

Diſplicuit Juſtiniano hæc in dote diſtinctio, & mulieri non ſolum tacitam hypothecam in bonis viri conceſſit, ſed etiam prælationem contra creditores alios hypothecarios, primum quidem in rebus dotalibus, *d. l. in rebus*, §. 1. illis verbis: *Et hypothecariam omnibus anteriorem poſſidere*: deinde vero poſt biennium augens privilegium iſtud, dedit prælationem in omnibus mariti bonis, *d. l. aſſiduis*.

Dubium tamen eſt, an eadem prælatio locum habeat contra creditores illos, qui ante matrimonium cum viro contraxerunt, & ſuper bonis ejus expreſſam hypothecam adepti ſunt. Et mulierem eo caſu non præferri, docet poſt Bulgarum Accurſ. in *d. l. aſſiduis*, quem Bartolus, Baldus, Jaſon, aliique ibidem ſequuntur, Coraſius in *l. qui liberos, a num. 243. ff. de ritu nupt.* Donellus *de pignoribus, tit. qui potiores*. Idque apud nos receptum eſt ex Gizarello *dec.* 1. Capicio Latro *dec.* 47.

Moventur I. quia hypotheca tacita, ut quæ a lege conceditur, recte poteſt ab eadem lege removeri; & eapropter licuit Juſtiniano mulierem habentem hypothecam tacitam præ-

ferre

ferre creditoribus tacitam quoque habentibus. At ſecus eſt in expreſſa, quæ ex noſtra proviſione, noſtroque facto nobis quæſita eſt; lex enim ſuum auxilium nobis denegare poteſt, at non noſtrum nobis, quod ſcilicet facto noſtro quæſivimus, Gloſ. in *l. ſive apud acta, C. de tranſactionibus*.

II. Quia fiſcus & dos invicem exæquantur, *l. 2. C. de priv. fiſci*. Sed fiſcus poſterior ex tacita hypotheca non præfertur creditori anteriori, qui expreſſam hypothecam anteriorem habet, *l. ſi pignus, ff. qui potior. in pignore*. Ergo neque dos.

III. Quia tacita hypotheca dotis oritur ex quo pecunia numerata eſt. Ergo prioribus expreſſas habentibus non fit præjudicium; nam ſi omnibus nullo diſcrimine præferretur, utique nihil fuiſſet opus de ejus ortu quærere.

Alii diſtinguunt inter pignus, & hypothecam, ut mulier in hypothecis præferatur, non ita in pignoribus creditori jam traditis; quippe magis adſtringit traditio, quam conventio. Unde ſi rem tuam, cum bona fide poſſiderem, pignori tibi dem, ignoranti tuam eſſe, deſino uſucapere: at ſi nuda conventione pignus contractum fuerit, nihilominus uſucapiam, *l. non ſolum, §. ſi rem tuam, ff. de uſucapionibus*. Præterea mancipia illata in prædium urbanum, & proinde oppignerata pro penſione, recte manumittuntur: at non ea, quæ jam tradita creditori in pignus ſunt, *l. eſt differentia, ff. in quibus cauſis pignus*. Ita poſt Veteres nonnullos docent Angel. Socc. Junior hic, & in quibuſdam Tribunalibus obſervari refert Mynſigerus 4. *obſ.* 13.

Quidam vero ſententiam Martini amplexi ſunt, qui regulam ſtatuit ut mulier præferatur omnibus creditoribus etiam expreſſam hypothecam habentibus. Ita ex Græcis Harmenopulus 4. *Prochiri* 8. ex noſtris Vaconius 6. *declar.* 9. Cujacius in *d. l. aſſiduis*, qui in eo memoria labitur, quod credat, hanc controverſiam fuiſſe inter Joannem, & Martinum, cum pro Joanne, Bulgarum dicere oportuiſſet, Barb. hic in *l. 1. par. 6. a n.* 5. Fachin. 3. *contr.* 99. *&* 10. *contr.* 25. Merenda 3. *contr.* 9. Mynſing. *loc. cit.* qui ita in Cam. Imperiali obſervari tradit, & veram eſſe ſententiam docet Fab. 8. *conject.* 11. *&* 19. quamvis contendat, id factum malitia Theodoræ, quam Juſtinianus nimis uxorius ad Conſilia Reipublicæ advocare ſolitus erat, *§. hæc autem omnia, Auth. ut Judices ſine quoquo ſuffragio fiant*.

Id manifeſtum fit ex pluribus. Et primo ex verbis Juſtiniani in *d. l. aſſiduis*, ubi expreſſe habetur, uxorem præferri in hypotheca omnibus mariti creditoribus. Verba Juſtiniani ſunt: *Sancimus ex ſtipulatu actionem, quam mulieribus jam pro dote inſtituenda dedimus, cuique etiam tacitam donavimus ineſſe hypothecam, potiora Jura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris ſint temporis privilegio vallati*. Ubi particula univerſalis, *Omnes*, nullum excludit, ut propterea mulier ex tacita hypotheca præferatur creditoribus anterioribus etiam habentibus expreſſam. Idipſum habetur ex *d. l. in rebus*, & in *auth. de priv. dotis hæreticis mulierib. non præſtando* indiſtincte dicitur, *Ut etiam prioribus creditoribus præponantur*. Notum autem eſt diſpoſitionem indiſtincte loquentem diſtingui non oportere, *l. non diſtinguemus, ff. de receptis arbitris*. Ita etiam in *§. fuerat, Inſtitution. de actionibus*.

Neque obſtat, quod regerit Acc. particulam, *Omnes*, capi oportere de iis omnibus creditoribus, qui tacitam hypothecam habent. Quam interpretationem colligit ipſe ex ſubſequentibus verbis, *licet anterioris ſint temporis privilegio vallati*; nam verbum illud *privilegio*, oſtendere videtur, ibi non haberi ſermonem de conventionalibus pignoribus, pro quibus nullum eſt privilegium, ſed de iis, quæ privilegium tacite a lege conceduntur, veluti pro legato, pro penſione fundi ruſtici, vel urbani, aliiſque ſimilibus, de quibus in *tit. ff. in quibus cauſis pignus, vel hypotheca tacite contrahatur*. Non obſtat, inquam, quia ibi expreſſe Juſtinianus non loquitur de privilegio legis, quæ lex tacitam hypothecam inducit, ſed de *privilegio temporis*, quod commune eſt tam hypothecæ tacitæ, quam expreſſæ, ut patet. Propterea hinc potius roboratur noſtra concluſio, tantum abeſt, ut infirmetur. Hinc eſt, quod in *d. l. in rebus, §. 1.* ſine ulla privilegii mentione, ſimpliciter dicitur: *Et hypothecariam omnibus anteriorem poſſidere*. Sic quoque in *d. §. fuerat* ſimpliciter legitur: *Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis*.

II. Ex mente Juſtiniani, qui in *d. l. aſſiduis*, conqueritur de antiquis legibus, quæ neque ad fragilitatem mulierum reſpicientes, neque quod mariti & corpore, & ſubſtantia, & omni vita

uxorum

uxorum utantur, prætulerint mulieres tantum creditoribus perſonalem actionem habentibus, non etiam hypothecariis. Cui malo ita ſe *pleno juris articulo* mederi profitetur, ut mulieres amplius dotes ſuas deperditas eſſe non lugeant, ſtatuens, ut creditoribus omnibus hypothecariis præferantur. Ex quibus ſtatim conſtat, mentem Juſtiniani fuiſſe, mulierem præferri creditoribus expreſſam etiam hypothecam habentibus; alioquin Imperator malo non occurriſſet *pleno juris articulo*, & mulieres etiam hodie deperditas ſuas dotes lugerent, concurrentes cum creditoribus, qui expreſſam hypothecam habent, ut ſunt fere omnes; nam olim Juſtiniani tempore quæcunque inſtrumenta a prudentiſſimis viris conficiebantur, omnia expreſſam hypothecam adjectam habebant, *l. un.* §. *& ut plenius, in fine, C. de rei uxor. act.* Et hodie de ſtilo Tabellionum in omnibus inſtrumentis expreſſa hypotheca inſeritur.

III. Ex §. *quia vero*, *Auth. de æqualitate dotis*, ubi Juſtinianus eandem cauſam prælationis tractans, ait, eum, qui pecuniam alteri credidit ad emendam militiam, & inſtrumento expreſſe ſibi cavit in caſu militiæ debere omnibus præferri; cum, inquam, ſi concurrat cum muliere, præferri eidem, in ſolo tamen caſu militiæ. Quæ ut melius cognoſcantur, verba Juſtiniani apponam: *Ut caſu proveniente prior ſit ſolus, qui ad hoc* (id eſt ad emendam militiam) *credidit*, *& huic ſoli caſui cedere mulierem*. Quæ verba vulgo ita explicant, ut hoc ſolo caſu, ſive eventu, mulieri præferatur mutuator. Sed ſatis imperite; nam Juſtinianus non dicit, hoc ſolo caſu, ſed *huic ſoli caſui cedere mulierem*. Caſus itaque ſive caſus militiæ eſt pretium centum ſolidorum, quod mortuo milite (Palatino ſcilicet, non armato) ſolvendus eſt ab eo, qui ad eam militiam ſubingreditur, & ſolvendum eſt heredibus defuncti militis. Cujacius in *Paratlitis ad Novell. de adjutoribus Quæſtoris*, & deceptus eſt Lælius Taurellus poſt *libros emendat. Anton. Auguſtini*, ubi de *militiis*, *ex caſu* quærit, quæ nullæ ſunt. Vide eundem Cujac. ad *l. ult. C. de collationibus*. Jam qui paciſcitur, ut præferatur in tali re, contrahit utique in ea re hypothecam expreſſam, Covarr. 1. *variarum* 7. *num.* 3. Ergo ſi ſolus iſte creditor anterior expreſſam habens hypothecam præfertur mulieri in ſolo caſu militiæ, conſequens eſt, ut ceteri omnes creditores anteriores expreſſam hypothecam obtinentes eidem mulieri poſtponantur; quia exceptio firmat regulam in contrarium. Quod ipſum Juſtinianus ibidem concludit in hæc verba: *Aliis omnibus prævalere mulierem*.

IV. Ex §. *quæſitum eſt*, *eod. auth.* in quo mulier creditrix præponitur in navi, agro, domo, creditori poſteriori, cujus pecunia domus, ager, navis emta, aut reparata eſt. Ex quo textu argumentum ita deducitur: Qui pecuniam credidit pro emenda, vel reparanda re, licet poſterior, præfertur in eadem re creditoribus anterioribus etiam expreſſam hypothecam habentibus, §. *bis conſequens*, *auth. cit.* Ergo multo magis iſtis iiſdem præfertur mulier; ſi enim vinco vincentem te, fortius vinco te, *l. Ariſto*, *ff. quæ res pignori*, *l. æquiſſimum*, §. 1. *ff. ad Tertull. l.* 8. *ff. de bonis damnatorum*.

Neque reſponſio Acc. quidquam nos moveat, dum ait, regulam eam locum habere, quando eadem viget ratio, ſecus, quando diverſa; quamvis enim id verum ſit, tamen hæc rationis diverſitas in ſpecie noſtra proferri non poteſt; imo, ſi recte attendamus, deprehendemus potiorem eſſe prælationis rationem in uxore, quam in eo, qui ad rem emendam, vel reparandam nummos credidit; nam Reipublicæ intereſt, mulieribus dotes conſervari, *l.* 1. *ff. eod.*

Supereſt, ut adverſariorum argumentis faciamus ſatis. Et primo illis, quæ pro prima contraria opinione adducuntur.

Nam quod attinet ad primum, dicimus poſſe, & ſolere leges juſta cauſa nobis noſtrum auxilium irritum reddere, & derogare etiam juri quæſito, DD. in *l. ult. C. ſi contra jus, vel utilitatem publicam*. Et patet ex ſupra allatis, cum creditor poſterior, qui mutuam pecuniam dedit ob rem comparandam, vel reficiendam, ex tacita hypotheca, quam habet ex *l.* 1. *ff. in quibus cauſis pignus*, & ex *l. ventri*, *ff. de priv. creditorum*, præfertur in eadem re creditori anteriori, etiam expreſſam hypothecam habenti: nempe quia ejus beneficio res exſtat. Quanto ergo juſtius ex publico bono præferretur mulier creditoribus omnibus, cum Reipublicæ expediat mulieres eſſe dotatas.

Ad ſecundum dicimus, in *d. l.* 2. *C. de priv. fiſci* dotem æquiparari quidem fiſco in tacita hypotheca, itaut ratione paris privi-

legii regantur a jure communi, & qui prior eſt tempore, potior eſt in jure. Non tamen inde ſequi eſſe comparatam in ceteris omnibus, ut idem Acc. *loc. cit.* monet; quare licet fiſcus ex tacita hypotheca, quam habet, non præferatur creditori anteriori habenti expreſſam, non propterea idipſum erit in dote. Imo Acc. ex *d. l. ſi pignus*, *ff. qui potiores in pignore*, docet, fiſcum ob tacitam hypothecam poſteriorem non præferri creditori anteriori tacitam pariter habenti, quod ſecus eſt in dote, *d. l. aſſiduis*, ubi Cujac. Ex quibus patet, exequationem inter dotem & fiſcum non eſſe in omnibus.

Ultimum argumentum pluribus modis reſolvi poteſt. Primo dicimus, quæſitum eſſe de ortu hypothecæ muliebris, quia non ſemper ipſa mulier, cui ſoli prælatio conceditur, dotem repetit, ſed ea viva quandoque repetit ceſſionarius; ea mortua, repetunt heredes. His ergo caſibus, prælatione ceſſante, quæritur ex quo tempore dotis hypotheca cœpit. Secundo, quamvis Acc. in *d. l. aſſiduis*, *v. hypothecam*, credat, hypothecam dotis vim habere a die dotis datæ; alii vero a die matrimonii, ut poſt alios Neguſant. *de pignoribus part* 2 *membr.* 4. *num.* 80. Sanfelicius *dec.* 9 *&* 129. veriorem tamen ſententiam eſſe, ut hypotheca contrahatur a die dotis conſtitutæ; tum quia hypotheca dotis conſtituitur ſub conditione ſi matrimonium, & numeratio ſecuta ſit: at hypotheca ſub conditione contracta, cum demum conditio exiſtit, vim habet ex illo tempore, quo ſtipulatio interpoſita eſt, *l. potior*, § 1. *qui potiores in pignore*; tum etiam, quia ex Juſtiniano hypotheca dotis ineſt ſtipulationi, eamque comitatur, *d. l. aſſiduis*, *d. l. un.* §. *& ut plenius C. de rei uxor. act.* propterea ex quo tempore eſt ſtipulatio, ex eodem eſt hypotheca. Ita Jacobus de Arena, Cynus, & ex veteribus alii, quos ſequuntur Merenda 6. *contr.* 35. Marin. 2. *reſol.* 28. Quod apud nos receptum eſt.

Faciemus ſecundo ſatis argumentis pro ſecunda opinione adductis; nam etſi multæ ſint inter traditionem, & conventionem differentiæ; tamen quod attinet ad prælationem ex hypotheca, nihil inter utrumque intereſt, ut ex toto corpore juris patet.

Præterea Adverſarii abutuntur primo verbis Juliani in *d. l. non ſolum*, §. *ſi rem tuam*, *ff. de uſucapionib.* ubi diſtinguit Juriſconſultus inter pignus traditum, & nuda conventione contractum, inter dominum rei ignorantem, & bonæ fidei poſſeſſorem, atque in illo ceſſare uſucapionem, non etiam in iſto. Quæ nihil ad rem noſtram faciunt; quippe hæc diſpoſitio ſpeciali ratione nititur, & in pignore tradito ipſi domino, ideo ceſſat uſucapio, quia pignus non eſt; nemo enim ſuæ rei pignus contrahit, ut ibidem Julianus ait. Itaque eo caſu poſſeſſio tota eſt apud creditorem, id eſt apud dominum, qui eam rem poſſidet non jure pignoris, ſed jure dominii, quandoquidem in vero ſolum pignore debitor uſucapionem perficit: nam debitor inquantum ad perficiendam uſucapionem dicitur civilis pignoris poſſeſſor, *l. ſervi*, *ff. cit. tit.* Ideo vere uſucapio perficitur in pignore nuda conventione contracto, quia poſſeſſio tota eſt apud debitorem.

Abutuntur etiam *l. eſt differentia*, *ff. in quibus cauſis pignus*, *vel hypotheca*, ubi ſermo eſt de mancipiis inductis a conductore in prædium urbanum, & dicitur eo non obſtante ſervum poſſe manumitti. Cujus rei ratio dependet ex eo, quia jus non ſcriptum, quod hujuſmodi tacitum pignus induxit, ſtricte fuit interpretatum, ut liberationi, & manumiſſioni non officiat, ut expreſſe habetur in *l. licet in prædiis*, *ff. cit. tit.* Aliud juris eſt, cum pignus eſt manifeſtum, id eſt jam pro penſione creditori traditum; quia tunc pignus eſt expreſſum, & a jure ſcripto dependet, quod pignus in fraudem creditoris alienari vetat, *l.* 2. *C. de ſervo pignori dato manumiſſo*. Ex quibus apparet, neque hæc ad rem noſtram facere.

QUÆSTIO II.

Quibus caſibus mulier prælatione careat.

MUlier agens actione dotis uxoriæ præcedit creditores chirographarios mariti, ſed non omnes: quod conſtat ex Juſtiniano in *l. aſſiduis*, *C. qui potiores in pignore*, ubi ait, mulierem contra omnes pæne, perſonales actiones privilegium prælationis habere. Quærunt ergo Acc. & Cujac. ibidem, qui ſint creditores iſti chirographarii, quibus mulier non præfertur, & contra quos privilegia ceſſant. Et quatuor numero ſunt.

I. Reſpublica, quia reipublicæ creditum, cum

Digitized by Google

eum eſt antiquius, præcedit dotem, ut a contrario ſenſu colligitur ex *l. 9. C. de jure dotium*, ubi dotis cauſa potior eſt, quam reipublicæ, ſi tempore prior ſit.

II. Eſt cauſa pecuniæ depoſitæ apud menſam ab eo, qui ſequitur fidem publicam, qualis eſt fides menſarii, ſive argentarii. Itaque ſi maritus argentarius fuit, & pecunia apud eum depoſita exſtat, ratio ejus, qui depoſuit, primo loco habenda eſt, etiam ante privilegia; *l. ſi hominem* §. *quoties ff. depoſiti*.

III. Impenſa funeris, quæ corporis gratia fit, antequam ſepeliatur, quæ ex edicto Prætoris omne creditum ſolet præcedere, *l. impenſa funeris, ff de religioſis*. Id Irnerius intelligit, ſi creditum ſit ſine pignore, Accurſ. etiam de eo, quod ſub pignore debetur. Recepta tamen opinio eſt, præferri omnibus creditoribus, licet expreſſam hypothecam habentibus, etiam mulieri pro dote agenti, cum lex generatim *omne, creditum* dicat Merlinus 2. *de legitima tit.*1. *quæſt.*15.*n.* 7. Gizzius ad Capyc. Latro *dec.*47. *num.*5. & *ſeq.* ubi ita deciſum refert. Ceterum ſi quid maritus pro funeranda uxore impendit, habet funerariam actionem contra eum, ad quem dotis nomine quid pervenit; impenſa enim funeris æs alienum dotis eſt, Vide in *l. in eum, cum ſeqq. ff cit. tit.*

IV. Eſt impenſa facta inventarii conficiendi gratia, vel pro auctione bonorum defuncti, *l. quod privilegium in fine, ff. depoſiti, l. quantitas, ff. ad leg. Falc. l. ult.* §. *in compenſatione, C. de jure delib.*

Totidem numero ſunt creditores hypothecarii, quibus mulier agens pro dote non præfertur. Primo, ſi quis alteri pecuniam credidit ad emendam militiam; is enim tempore prior, ſi in inſtrumento ſpecialiter ſibi cavit, ut in caſu militiæ ceteris, qui deinceps contracturi ſunt, ſolus præferatur, utique excludet mulierem, quæ ex hypotheca poſteriore pro dote in eodem militiæ caſu aget, ut jam ſupra monuimus ex §. *quia vero, auth. de æqualitate dotis*. Militia hic non accipitur pro re militari, pro quocunque munere Palatino, ex quo quis commodum, utilitatemque conſequi poſſit, ut militia ſilentiariorum, *l. omnino*, §. *ult. C. de inofficioſo teſtamento*: ſic militia memorialium, aliæque, de quibus in *tit. C. de privilegiis eorum, qui in ſacro Palatio militant lib.* 11. & denique omnes quaſcunque Procurationes Romani militias vocarunt, Zonaras in *Canone Apoſtolorum* 83.

Ex quo textu perperam DD. regulam generalem ſtatuunt, ut quicunque creditor ſpeciali pacto ſibi caverit, ut ceteris poſterioribus præferatur, excludat dotem. Quod manifeſte Juſtiniano repugnat, qui hoc in ſolo militiæ caſu admittit; præterquamquod hinc facile via aperiretur ad fraudandas ſuis dotibus mulieres, ut contra Nov. alioſque diſputat Merenda *6. contr.* 34.

Secundo, ſi ſuper bonis mariti vita functo concurrant filii ex primo matrimonio cum noverca, altera defuncti uxore, prius faciendum eſt ſatis filiis primi matrimonii pro dote matris reſtituenda agentibus; deinde, ex eo, quod ſupereſt, fit alteri uxori reſtitutio, *d. l. aſſiduis*, §. *ideo, auth. ut exactione inſtante dotis in princ.*

Tertio, quamvis fiſcus poſterior tempore, creditor non præferatur doti, nec dos fiſco; ut diximus ex *l.* 2. *C. de privilegiis fiſci*, ſi tamen fiſcus agat ex cauſa primipili, indiſtincte præfertur mulieri agenti pro dote, quia utilitas publica præferenda eſt privatorum commodis, *l. utilitas C. de primopilo, lib.*12.

Ceterum, qui fuerit Primipilus, varie explicatur a Coraſio 5. *miſc* 4. Ant. Auguſt. *libro ſingulari ad Modeſtinum*, Alciato ad *rubricam C. de primopilo*, Aldo Manutio in *quæſtionibus per epiſtolas, quæ eſt de primopilo*, Merenda *6. contr.*39 aliiſque eruditis. Verius eſt, fuiſſe primum Centurionem legionis Romanæ. Legio in decem cohortes, quaſi ramos ſpargitur: cohors vero in centurias. Prima cohors, quæ & miliaria, in decem: reliquæ ſingulæ in quinque; ut in tota legione fuerint Centuriones 55. Itaque ut primus cohortis Centurio dicitur *Princeps* ita primus cohortis miliariæ Centurio vocatur *Princeps*, & *Primipilus*, ut in Inſcriptione apud Gruterum *Principi*, & *Primipilo Leg.VII. Gem. Piæ*. Interdum ſimpliciter Primipilus. Huic ergo annona militaris (quæ etiam primipilus dicebatur) tradi conſueverant, ut eam militibus diſtribueret. Ita Theodorus Hermopolites *lib. 9. tit. 9.* ad explicationem *l.* 1. *C. de privilegio fiſci*, primipilum definit eſſe *annonas, quæ dantur Centurionibus primipili, diſtribuendas militibus*. Vide Cujac. ad *tit. C. de condictione*

ex lege, & ad *tit. de privil.*, Jacob. Gothofr. ad *tit. C. Theod. de cohortibus l. 6. & 17.*

Si ergo primipilus reliquaverit, id eſt pro annona militari interverſa, vel non adhuc diſtributa Centurionibus, debitor fiſci ſit; fiſcus ratione publicæ cauſæ multis fruitur privilegiis, ut ei ex conſtitutione D. Hadriani teneantur liberi primipili, etſi patris heredes non ſint, *l. ult. C. cit. tit. de primipilo*, *l. ſi tutores*, *C. de compenſationibus:* præterea ut fiſcus præferatur doti etiam antiquæ, *d. l. ult.*

Unde conſtat, non ſatis tutam eſſe opinionem eorum, qui docent privilegia fiſci contra primipilum poſſe hodie accommodari ei, qui Theſaurarius generalis Principis eſt. Tutius videtur, ut accommodentur ei, qui Proviſor exercitus dicitur, Angelus in *l. 1. C. de privileg. fiſci*, Peregrin. *6. de jure fiſci, tit. 5. num. 43.* Capyc Latro *deciſ. 129. num. 12.* De Ponte *5. de poteſtate Proregis 9. num.91.*

Quarto, ei qui pecuniam credidit ad rem emendam, vel reparandam, non præfertur in eadem re mulier creditrix poſterior pro dote agens, ut colligitur ex §. *quæſitum*, *auth. de æqualitate dotis*, ubi habetur, mulierem ei præferri *in antiqua dote*; quocirca ſi dos antiqua non eſt, ideſt, non eſt tempore anterior, non præfertur; quamvis repugnet Ant. Faber 8. *conject. 12. & ſeq.* qui præterea docet, mulierem ſemper eſſe præferendam creditoribus anterioribus in quibuſcumque caſibus, modo excipias illos duos, quos in præſenti quæſtione primo loco inter creditores hypothecarios retulimus, nititur in eo, quod Juſtinianus in *d. auth. de æqualitate dotis*, & in *auth. ut exactione inſtante dotis*; reſtringens dotale prælationis privilegium, illos tantum duos caſus excipit. Quapropter reliquæ leges, in quibus mulier non præfertur, videntur a Juſtiniano correctæ, ut latius ipſe Faber diſcurrit.

Illud adnotari meretur, multum intereſſe, utrum res comparata ſit pecunia creditoris, an vero refecta ſit res, & reſtituta; nam in eo, cujus pecunia res parata, ſive emta eſt, exigitur ut ſibi caveat expreſſa hypotheca, ſive ſpeciali, ſive generali, *l. quamvis ea 17. C. de pignor. l. procuratoris*, §. *plane ff. de trib. act.* quia tacitam in ea re hypothecam non habet, niſi ſit pupillus, cujus pecunia res emta ſit; ei enim id privilegium conceſſit conſtitutio Severi & Antonini, *l. pen. C. de ſervo pignori dato*, *l. 3. in princ. ff. de rebus eorum*, *l. idemque*, *in princ. ff. qui potiores in pign.* Si vero res refecta ſit, & reſtituta pecunia creditoris, ei tacita hypotheca impertitur ex Senatuſconſulto, ſive Oratione D.Marci, *l.1. ff. in quibus cauſis pignus tacite contrah.* quæ etiam tacita hypotheca potior eſt alterius expreſſa, & antiquiore, in ea ſcilicet re, quæ refecta eſt, *l. interdum*, *cum ſeq. ff. qui potiores in pignore*, quia ejus pecunia ſalvum fecit totius pignoris cauſam: periiſſet enim pignus etiam priori creditori, niſi ipſe eam rem refeciſſet, & reſtituiſſet. Ita diſtinguit Cujacius in *d. l. licet*, *C. qui potiores in pignore*. Vide Acc. *in* §. *his conſequens*, *auth. de qualitate dotis v. agrum*.

QUÆSTIO III.

Utrum prælatio aliis a muliere competat.

Privilegium prælationis non tranſmitti ad heredes mulieris habetur in *l. un. C. de priv. dotis*. Quæ verba omnes Interpretes uno conſenſu tam Græci, quam Latini accipiunt de herede extraneo; nam ad filium heredem mulieris tranſmitti docent. Ita ibidem ex Græcis Theodorus, ex Latinis Cujacius, Gothofredus, ceterique poſt Acc. & Bartolum. Imo non ad unos modo filios, ſed ad quoſcunque deſcendentes ab inteſtato ipſius mulieris tranſire, opinantur Alexand. & Jaſon apud Barb. hic in *l.1. part.6. n.15.*

Ex omnibus unus renititur Anton. Faber 8 *conject.* 13. qui ſolam mulierem præferri, juſque iſtud ad filios non pertinere affirmat: primo ex Juſtiniano in §. *fuerat*, *Inſtitutionib. de actionibus*, ubi hæc verba habentur: *Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc cenſuimus, cum ipſa mulier de dote ſua experiatur, cujus ſolius providentia hoc induximus*. Quæ verba facile oſtendunt, hoc privilegium ita conceſſum eſſe mulieri, ut omnibus aliis denegetur, ſive filiis, ſive heredibus; adverbium enim illud temporis *Tunc*, & oſtenſio, *Ipſa*, & tandem taxatio, *Solius*, reſtringunt privilegium ad ipſam ſolam mulierem, quæ ſecundum veritatem perſonæ agat; ſi enim conveniret etiam filiis, ut repræſentantibus mulierem, ficte illis conveniret ex perſona ficta, non ſecundum veritatem. Et

Digitized by Google

Et quamvis Bart. hic *num.*8. & Cujac. in *d.* §. *fuerat*, taxationem *Solius*, ad dotem, non ad mulierem referant; tamen id facillime rejicitur; tum quia eo conceſſo, adhuc verum eſt, prælationem locum habere tunc, cum ipſa mulier agit, ſcilicet ex vi adverbii, *Tunc*, & taxationis *Ipſa*. Tum quia etiam quod ipſi præſumunt, falſum eſt; nam ſi taxatio *Solius* referretur ad dotem, non ad mulierem, utique prælationis privilegium non eſſet ratione perſonæ, ſed ratione cauſæ; & propterea ad extraneos etiam tranſiret: quod nec Adverſarii admittunt. Nam privilegiorum quædam cauſæ ſunt, quædam perſonæ; & conſtat ea, quæ perſonæ ſunt, ad heredes non tranſmitti: licet aliud ſit de iis, quæ cauſæ ſunt, quibus heredes etiam extranei gaudent, *l. privilegia ff. de reg. juris*. Exempli gratia, privilegium reſtitutionis in integrum, quod minoribus indulgetur, perſonæ eſt: at illud quod majoribus, vel minoribus conceditur ex illo edicti capite, *Ex quibus cauſis majores*, cauſæ eſt, non perſonæ, ideoque ad ſucceſſores tranſmittitur, *l. non ſolum, ff. de reſtit. in integr. l. minor 19. in fin. cum ſeq. ff. de minorib.* quæ loquuntur de ea reſtitutione, quæ a Prætore conceſſa eſt tam majoribus, quam minoribus, veluti, ſi quis condemnatus a Judice ſit, quod in jus vocatus non reſponderit, quia in vinculis erat. Et patet ex eo, quod in prædictis legibus mentio fit de tempore, ſive de anno utili, intra quem reſtitutio peti debet, quia annus a Prætore conceſſus eſt. Præterea quia non de ſolo minore mentio fit, ſed de aliis omnibus quibus reſtitutio competit. Sed privilegium prælationis conceſſum non eſt cauſæ, ſed perſonæ, *d.* §. *fuerat*, & §. *ſed neque ipſos*. Ergo non tranſmittitur.

Secundo ex eodem Juſtiniano in §. *ſed neque ipſos*, *auth. ut immobilia ante nuptialis donationis*, ubi hæc habet: *Omnibus privilegiis jam doti datis a nobis in ſua firmitate manentibus, quando mulier noverit aliis enim omnibus præter mulierem, hujuſmodi privilegia nec ex antiquo dedimus, neque nunc damus*. Omnibus ergo prælatio denegatur, uni conceditur mulieri; quare falſum eſt, filiis etiam competere.

Supereſt, ut contrariæ opinionis argumenta infirmemus. Proferunt textum in *d. l. aſſiduis*, §. *exceptis*, ubi haberi putant, prælationis privilegium nemini conſequi, exceptis filiis, ut etiam conſtitutum eſt in *auth: ut exactione inſtante, in fine*.

Verum Juſtinianus in recitatis juribus non conſtituit, niſi ut dos antiquior præferatur novæ, cum quæſtio eſt inter dotem & dotem. Exempli gratia, ſi quis mortua uxore, filiis primi matrimonii ſuperinduxit novercam: eo demum mortuo, prius redditur dos filiis, quam novercæ; nam dos adverſus dotem non habet, niſi privilegium temporis. Quod palam facit Juſtinianus, dum concludit: *Nam ex duabus dotibus ob eadem ſubſtantia debitis, temporis prærogativam manere volumus*. Idemque eſt, ſi jure hereditario aliquis exterus dotem primæ uxoris repetat, Cujac. in *d. l. aſſiduis*.

Inſtant, tales filii excludunt novercam; ſed noverca excludit ceteros creditores anteriores; quare etiam filii anteriores excludent.

Ceterum jam ſupra cum Accurſio notavimus, eam regulam ſi vinco vincentem te, tunc ſolum locum habere, cum eadem viget ratio, ſecus ſi diverſa, ut eſt in ſpecie noſtra; nam alia eſt quæſtio inter privignum & novercam, cui privignus præfertur ratione temporis juxta regulas juris, nimirum quia prior tempore eſt; alia vero eſt inter eundem privignum, & anteriorem creditorem, cui peteret privignus præferri ob privilegium contra regulas juris. Itaque non utrobique eadem ratio eſt, ſed diverſa, imo contraria; nam contraria ſunt regulæ, & privilegia.

Inſtant etiam ex circulo, quia facile conſequi poſſet, concurrente creditore anteriore, privigno, & noverca; quandoquidem invicem ſe perpetuo excluderent; nam privignus excluderet novercam, noverca creditorem anteriorem, creditor privignum, & ita porro in orbem.

Hæc difficultas adeo inexplicabilis viſa eſt Juriſconſultis, qui noſtram ſententiam docuerunt, ut de ea Principem conſulendum eſſe reſponderint. Dicimus tamen, in ſpecie propoſita mulierem præferri, quia creditor anterior ex jure communi excludit privignum, & mulier de jure ſingulari excludit creditorem anteriorem; & ita verum eſt, quod dicitur in *l. Ariſto, ff. qua res pignori obligari non poſſunt*, ut ſæpe quod quis ex ſua perſona non habet, hoc per extraneum habere poſſit: quod evenit etiam in ſpecie textus in *l. æquiſſimum*, §. 1. *ff. ad Tertull.* & in

& in *l. 9. ff. de aſſignandis liberis*. Mortuo nepote emancipato ab avo, ſuperſtite matre, & avo, mater ſuccedit: ſed ſi & pater ſuperſtes ſit, avus admittitur. Ita prorſus eſt in ſpecie, quam notavit Harmenop. 3. *Prochiri*. Fac ita eſſe. Fundus Titianus obligatus eſt Titio primum: tum cœpit obligatus eſſe fiſco: deinde mulieri ex cauſa dotis. Mulier licet ſit poſterior fiſco, præfertur, quia Titius excludit fiſcum, & ipſa Titium ſuo proprio jure: atque ita mulier, dum vincit Titium, vincit etiam fiſcum, quem Titius vincit. Sequitur Cujac. in *d. l. aſſiduis*. Sic ergo tota iſta facile ſufflaminantur.

Ex his patet, quid dicendum ſit de ceſſionario mulieris, nempe neque eum prælatione gaudere; licet enim ceſſionarius ſuccedat in jus, quod cedens ſuper re ceſſa habet, *l. 1. cum ſeqq. C. de his, qui in locum priorum creditorum*, §. *ult. C. de privil. fiſci*; tamen id locum non habet, cum privilegium, ut eſt in ſpecie noſtra, non datur cauſæ, ſed perſonæ, *l. ex pluribus*, *ff. de adminiſtrat. tutor.* ubi ob prædictam cauſam tutor, a quo pupillus ceſſis actionibus ſolidum exegit, nonhabet ex vi ceſſionis prælationem contra contutores; nam & hæc prælatio datur perſonæ, non cauſæ, ut ibidem Papinianus ait.

Hoc tamen a Doctoribus recipitur, quando ceſſio omni obligatione mulierem ſolvit, itaut ceſſionarius ſuo nomine agat. Secus eſſe docent, cum mulier ſuo periculo cedit; quo caſu ceſſionarius ſe habet uti procurator in rem ſuam, & ſi ei ſatisfactum non ſit, habet regreſſum adverſus cedentem: quamvis enim ex rigore juris ceſſionarius, neque eo caſu uti prælatione poſſet, tamen ex æquitate, & ex perſona mulieris prælationem habebit, ad evitandum circuitum inutilem: quippe ceſſionarius excluſus a creditoribus anterioribus ſe converteret contra mulierem cedentem, quæ adhuc eſt ei obligata: & hæc actionem inſtitueret contra eum, qui res dotales reſtituere tenetur, habita prælatione adverſus creditores anteriores. Qui circulus utique inutilis eſſet. Proinde receptum eſt, ceſſionarium ipſum ex perſona mulieris poſſe ſtatim prælationem proponere. Ita Bartolus in *l. poſt dotem*, *in fine*, *ff. hoc tit* Neguſ. *de pignor. part. 2. memb. 4. num.* 107. Theſ. *qq. forenſ.* 5. Gait. *de credito cap.* 2. *num.* 444. Menoch. 4. *præſum.* 189. *n.*157.

Et hæc diſtinctio facilius recipi poteſt ea, quam idem Bartol. ibidem primo loco ponit, nempe, ut is ceſſionarius prælationem habeat, cui mulier ex cauſa neceſſaria ceſſit, quamquam ſecus ſit, ſi ceſſit ex cauſa voluntaria, puta donationis. Quæ diſtinctio aperte rejicitur ex Papiniano in *d. l. ex pluribus*, ubi ceſſio facta eſt a pupillo ex cauſa neceſſaria, & tamen tutori ceſſionario prælatio denegatur: unde Donellus 15. *comm.*43. colligebat, ſolum ceſſionario ex cauſa voluntaria prælationem competere; quod etiam rationi Papiniani repugnat, quæ generalis eſt, ſcilicet, privilegia perſonæ in ceſſionarium non tranſire.

De actione ex ſtipulatu pro dote.

Repetendæ doti olim duæ proditæ erant actiones, ambæ in perſonam, quarum una erat actio rei uxoriæ, quæ bonæ fidei erat: altera ex ſtipulatu, quæ erat ſtricti juris, videlicet ſi in danda dote interveniſſet ſtipulatio dotem reddi. Inter quas multæ erant differentiæ, quæ omnes pendebant ex eo, quod Prætor in danda formula actionis rei uxoriæ, addebat: *Æquius melius*, ita, *Quantum æquius melius eſſet dari repromitti ve*, ut colligitur ex *l. pen.* §. *ult. ff. eod.* ex *l. ſi cum*, *ff. eod.* ex *l. ſi cum*, *ff. de ſolut.* & ex *l. eas obligationes*, *ff. de capitis diminutione*. At in formula actionis ex ſtipulatu ea verba aberant, ex quo intelligebatur, Judicem ſtricto jure decernere debere, Cic.3. *de officiis*, Bellon. *de mandata juriſdictione cap.* 1. *qu.*3.

Ex his judiciis utrum utilius, & commodius eſſet actori, dubium eſt. Acc. in *l. ſi cui legetur*, §. *ult. ff. de legat.* 1. ſtat pro judiciis bonæ fidei. Quod improbatur a Cujac. in *l. un. in princ. C. de rei uxoriæ act.* tum quia in judiciis bonæ fidei libera eſt judicis poteſtas ſtatuendi de re, de qua agitur, prout æquius melius, §. *in bonæ fidei*, *Inſtitut. de actionibus*, unde Judex *arbiter* dicitur, ut arbiter de dote, *l. omnia ff. de impenſis in rebus dotalibus factis*. In ſtrictis autem judiciis, fines formulæ præſcriptas egredi non licet. Et eo caſu proprie *Judex* dicitur; quare Seneca 3. *de beneficiis* 7. in bonis cauſis melius eſſet ait ad judicem ire, quam ad arbitrum. Tum etiam quia ſi actio ſtricta uti-

Digitized by Google

utilior non eſſet actori, utique contractus bonæ fidei non firmarentur verbis ſtipulationis. Proinde olim ſæpe interponebatur ſtipulatio dotem reddi.

Quamvis hæc vera ſint, negari tamen non poteſt, nonnulla etiam commoda judiciis bonæ fidei ineſſe; nam judicium eſt pecuniæ certæ, arbitrium incertæ, Cicero *pro Roſcio Comœdo*; propterea in arbitriis non ſubeſt periculum plus petitionis, ſicuti ſubeſt in judiciis, Budæus in *l.* 2. §. *vindicias filiæ*, *ff. de orig. juris*. Ulterius actio bonæ fidei eſt vindex doli mali, imo & culpæ; nam verbum bonæ fidei non tantum excludit dolum, ſed etiam culpam, *l. Proculus*, juncta *l. at qui*, §. *Scævola ff. de negot. geſt.* Actio ſtricta non vindicat dolum malum, veluti actio ex ſtipulatu, & ſi dolus intervenerit in contractu ſtricto neceſſaria eſt actio de dolo, non ſufficiente ipſa contractus actione, *l. & eleganter* §. 1. *ff. de dolo*, Cujac. *loc. cit.* §. *ſed etſi*. Quæ tamen omnia clarius patebunt ex ſequentibus.

Juſtinianus ergo in *d. l. un.* quam hic nos explicandam ſuſcipimus, favens dotibus, tria ſtatuit.

I. Rei uxoriæ actione ſublata, ſancivit, omnes dotes per ex ſtipulatu actionem exigi, tanquam pleniorem, licet nulla ſtipulatio dotem reddi intervenerit, quaſi tacita inſit, *d. l un. in princ.* §. *& ut plenius*; ſicut in aliis quibuſdam cauſis legimus induci tacitas ſtipulationes, & agi tantum ex ſtipulatu utili; quas cauſas recenſet Accurſ. in *l. his verbis*, §. *utilis actio*, *ff. de adoptionib.*

II. Ut actioni ex ſtipulatu, quæ eſt ſtricti juris, inſit quidquid utile, & commodum erat in actione rei uxoriæ, quæ erat in actione rei uxoriæ, quæ erat bonæ fidei, §. *ſed etſi*. Ex quo fit, ut actio ex ſtipulatu pro dote idonea vindex ſit doli mali: præterea, ut incertam ſummam petendo, effugiat periculum plus petitionis, ut Cujac. ibidem notat, & patet ex dictis.

III. Ne conjuges ad imparia judicentur, marito etiam pro dote ſibi promiſſa conſequenda conceſſit tacitam ſtipulationem, *d.* §. *& ut plenius*, *verſ. & nemo putet*. Verum tamen eſt, actionem ex ſtipulatu de dote, quæ marito competit, eſſe ſtrictam: quæ autem mulieri competit, eſſe bonæ fidei, §. *ſed etſi*, Cujac. 24. *obſ.* 22. *& ad l. ult. ff. de jure dotium*; quamvis Acc. in *l. de diviſione*, *v. poſſeſſio eſt*, *ff. eodem* putent utramque bonæ fidei eſſe, Turaminus in *l. divortio cap.* 3. His poſitis videamus primo loco.

Quæ retenta ſint ex actione ex ſtipulatu.

HÆc explanantur a Juſtiniano ex §. *primum itaque* uſque ad §. *cumque ex ſtipulatu*.

I. Ergo in actione rei uxoriæ habet locum edictum Prætoris de alterutro, de quo hic, & in *l. ult. C. Theod. de teſtam.* Eo cavetur, ut ſi quid maritus uxori, aut hereditatis, aut legati, aut fideicommiſſi titulo reliquerit, alterutro contenta abiret, aut petendo relictum actione ex teſtamento, aut dotem actione rei uxoriæ; quinimo tenetur ſatiſdare heredibus, ſe electo uno, nihil amplius petituram, *d. l. ult.* Idque ea ratione, quia favore heredis non videtur teſtator plus legaſſe, quam judicio de dote mulier eſſet conſecutura, *l. Mævio*, *in fine*, *ff. de legat.* 2. vel quia non cenſetur voluntatem teſtatoris fuiſſe, ut oneraret heredem duplici præſtatione, dotis, & legati, *l. pen. ff. de dote prælegata*. Vid. Fabr. 1. *conject.* 13. Et ſimiliter uxor heres inſtituta, interveniente forte Falcidia, duplici deductione, & dotis, & Falcidiæ carebat, quamvis alioqui heres, cum inducitur lex Falcidia, deducat quod ſibi defunctus debebat, licet æs alienum aditione confuſum ſit, *l. ſi vir uxori*, *l. in lege Falcidia* 8. *l. quod de bonis*, §. *quod avus*, *l. qui fundum*, §. *qui heredem ff. ad leg. Falcidiam*; nam aditione non eſt ſublata naturalis obligatio, quæ etſi non proficit ad actionem, tamen proficit ad retentionem, & deductionem, *l. debitor ff. ad Trebell.* Balduinus *de jure novo ad l. un.* Cujac. 3. *obſ.* 16. & hic.

Ad actionem ex ſtipulatu edictum de alterutro non pertinet, *d.* §. *primum itaque*, quia ſcilicet in ea ſtricto jure proceditur, ſecus quam in actione rei uxoriæ, ubi ex bona fide compenſatio fit. Quare cum ſublata ſit hodie actio rei uxoriæ, vigeatque actio ex ſtipulatu, conſequens fit, ut edictum de alterutro penitus ſublatum ſit, etiam cum inducitur lex Falcidia, §. *igitur*.

Quod verum eſt, cum hac exceptione, niſi quod maritus uxori reliquit, id nominatim reliquerit *pro dote*; hoc enim caſu ex manife-

Digitized by Google

niſeſta mariti voluntate, unus alterutro debet eſſe contenta. Quod etiam eſt in quolibet alio creditore, qui non habet crediti petitionem electo legato, quod ei debitor reliquit compenſandi animo, *l. cum pater §. Titio*, *l. creditorem*, *ff. de legat.*2. Idem eſt, non adjecto *pro dote*, ſi modo eo animo relictum doceatur, ex ſententia Juliani in *l.* 3. §. 1. *ff. de dote prælegata*.

II. In actione rei uxoriæ retentionibus locus eſt ex quinque cauſis, propter res donatas, propter res amotas, propter mores, propter liberos, propter impenſas, Ulp. *lib. regul. tit.6. qui eſt de dotibus*, §. *retentiones*, & hic in noſtra *l. un.* quæ retentiones fiunt quaſi pignoris nomine, *l. dote ff. de dote prælegata*. Quibus retentionibus locus non eſt in actione ex ſtipulatu, ubi ſtricto jure agitur, & dos ſolida repetitur ſine diminutione, §. *taceat* (& ita ſemper, *non ſileat*) *cum ſeqq.* Quod obtinet in actione ex teſtamento, qua uxor petit dotem ſibi prælegatam, *d. l. dotem*. Sed hæc diligentius explicanda ſunt.

Competebat ergo marito retentio portionis dotis ob mores uxoris, qui cauſam præbuiſſent divortio. Et quidem ob mores leviores maritus retinebat octavas dotis, ob graviores ſextas. Graviores mores ſunt, adulteria tantum: leviores omnes reliqui, Ulpian. *cit. tit. de dotibus*, §. *morum*. Hinc intelligitur *l. miles*, §. *ſocer*, *ff. ad leg. Juliam de adulteriis*, ubi retinetur lucrum ex dote ob cauſam adulterii, non etiam tota dos. Intelligitur etiam *l. cum mulier*, *ff. hoc tit.* cum dicitur, nihil retineri ex dote ob adulterium mulieris, ſi adulterata ſit viri lenocinio. Tandem intelligitur *l. viro atque uxore ff. eod.* ubi conjugibus mores invicem accuſantibus, ſi paria delicta appareant, maritus retentione caret.

Itaque competebat marito non ſolum retentiæ, ſed etiam actio de moribus uxoris puniendis, quæ divertiſſet; quæ actio civilis erat, & cum daretur ob cauſam doloris, & imminuti honoris, dabatur quidem marito, non heredi ipſius, vel in heredem, *l. rei judicatæ*, §. 1. *ff. hoc tit. l.* 1. *C. Theod. de inceſtis nuptiis*. Verum Juſtinianus judicium de moribus ſuſtulit, ut in *tit. C. de repudiis, & judicio de moribus ſublato.* Vide Rævardum 4. *variorum* 13.

Nec tamen ideo minus Juſtinianus adulterium coercet, quo caſu mulierem judicio criminali multat dote tota, & lucro nuptiali, *l. conſenſu* §. *vir C. cit. tit. l. ult. C. ad leg. Jul. de adulteriis*. Quod etiam probatur a Leone Imp. *Nov.* 33. & a S. Pontifice in *cap. plerumque de donationibus inter virum*.

Ob res uxori donatas competebat marito retentio, quia donatio conſtante matrimonio facta nullius momenti eſt. Et de hac retentione, quæ fiebat in judicio rei uxoriæ, mentio fit in *l. fructus*, §. *ob donationes*, & *l. alia* §. *pen. ff. hoc tit. l.* 3. *l. ob res*, *ff. de pactis dotalibus*, *l. ſin autem*, §. *pen. ff. de reivind.* & in *d. l. dote ff. de dote præleg.* ubi legata dote a marito, heres contra uxorem defuncti retentiones non habet, ob donationes, vel impenſas utiles. At Juſtinianus in §. *taceat*, ablata viro retentione, reliquit cetera juris remedia, quæ ad revocandam donationem competunt: & ſunt primo directa in rem actio, ſi res donatæ exſtent; nam cum donatio inter conjuges invalida ſit, non deſiit maritus rerum donatarum dominus eſſe: quare jure directo vindicat, *l. ſi donatæ*, *l. uxor marito*, *ff. de donationibus inter virum*. Secundo, utilis in rem actio, ſi ex pecunia donata uxor rem vel mobilem, vel ſoli comparaverit; quia enim ea res non eſt mariti, ſed uxoris; ideo maritus eam non vindicat directo, ſed utiliter, quaſi res ſit loco pretii. Eodem modo ex lana ſibi a viro donata uxor veſtem fecerit, hanc veſtem proſequitur maritus actione in rem utili, non directa, quia veſtis domina eſt mulier, non vir, *d. l. uxor marito*, *l. ſi mulier ex pecunia*, *cum l. ſeq. ff. cit. tit.* Tertio, condictio ſine cauſa competit marito, cum res donatæ, ſunt conſumtæ, *l. ſi ſponſus*, §. *ult.* & *l. ſeq. ff. cit. tit.* Imo ſi mulier dolo malo fecit, ne res donata extaret, etiam tenetur actione ad exhibendum, vel damni injuria ex lege Aquilia, maxime ſi poſt divortium id commiſit, *l. ſi mulier dolo ff. cit. tit.*

Retentio ob res amotas habetur in *l. ob res*, *ff. de pactis dotalibus*, ubi poſt divortium permittitur pactio, ne ob res amotas retentio eſſet. At hodie ex lege Juſtiniani maritus contentus eſſe debet actione rerum amotarum, *d.* §. *taceat*.

Retentio propter liberos duplex olim fuit. Prior, cum matrimonio ſolvebatur morte mulieris; quamvis enim juris benignitate dos profectitia reverteretur ad patrem, ne dolori amiſſæ filiæ etiam adderetur damnum dotis, *l. jure ſuccurſum ff. de jure dotium*, & hic

& hic §. *illo procul dubio*; tamen propter liberos, qui maritum ſequuntur, quintas maritus retinebat, tot ſcilicet, quot liberi ſuperſtites erant: prorſus, ut ſi liberi quinque eſſent, integra dos apud maritum remaneret. Has quintas Juſtinianus ſuſtulit, nullamque earum mentionem in corpore juris reliquit, nempe quia filii ad onus patris pertinent, & ali debent ex bonis patris, non ex dote, ut dicitur hic in §. *taceat*.

Poſterior, divortio facto culpa mulieris, aut patris: quippe ſingulorum liberorum nomine, ſi qui extarent, maritus retinebat ſextas ex dote, non tamen plures, quam tres ſextas, ideſt non ultra dimidiam partem dotis, Ulp. *d. tit. de dotibus*, §. *primo liberis*, Boetius in *Topicis Cic.* Poteſt tamen paciſci, ut divortio facto culpa mulieris, tota dos pro liberis maneat apud virum, *l. ſi inter virum*, *ff. de pactis dotalibus*.

Id ob eam præcipue rationem Juſtinianus ſuſtulit in *d.* §. *taceat*, quia hodie culpa mulieris facto divortio, mulier tota dote ſpoliatur, non liberorum contemplatione, ſed pœnæ nomine, tam ſi liberi extent, quam ſi non extent, *l. conſenſu C. de repudiis*.

Conceditur tandem marito retentio propter impenſas in rebus dotalibus factas. Et quidem ob impenſas neceſſarias, ſine quibus periiſſet res, vel deterior facta fuiſſet, obtinet etiam hodie maritus retentionem, & eo minus reddit ex dote, §. *item ſi de dote*, *Inſtitutionib. de actionib.* Et hæc proprie retentio de dote non eſt, ſed quaſi retentio; quia, ut Cujacius *loc. cit.* inquit: quod retinetur pro modo, & rata neceſſariæ impenſæ, ipſo jure definit eſſe dotale: & imminuit univerſitatem ipſam, non corpora ſingula, *l. quod dicitur ff. de impenſis in rebus dotalibus*, *l. 1. in princ. l. dote ff. de dote prælegata*.

In impenſis utilibus ex jure Digeſtorum ita diſtinguitur, ut ſi ex voluntate mulieris factæ ſint, competat viro retentio: at ſi ea ignorante, vel invita, eas recuperet vir non ex dote, ſed ex aliis bonis mulieris, ſi quæ ipſa habet: quod ſi non habeat, cedant damno mariti, & lucro uxoris, *l. utilium*, *ff. de impenſ. in rebus dotalib. l. impenſæ* §. 1. *ff. de verbor. ſigniſ.* Hodie ob impenſas utiles nunquam fit retentio: ſed ſi eas maritus fecit voluntate uxoris, habet pro ipſis actionem mandati ex auctoritate Juſtiniani, ut dicitur in *d.* §. *taceat*. Ideo autem opus eſt auctoritate Juſtiniani, quia de rigore juris actio marito competere non poteſt de eo, quod utiliter impendit in dote, quia dos mariti eſt, & nemo actionem mandati habet, ſi quid in res ſuas impendit. Opus ergo fuit auctoritate Juſtiniani, ut hæc juris ſubtilitas tolleretur; qui etiam in *l. in rebus*, *C. de jure dotium*, definivit dotem non tam eſſe viri, quam mulieris. Ita poſt Thalelæum eleganter Cujacius hic. Quod ſi factæ ſint utiles impenſæ ſine voluntate mulieris, marito competit actio negotiorum geſtorum, quaſi re uxoria geſta utiliter, *d.* §. *taceat*. Quod Cujac. intelligit, ſi uxor aliunde ſolvere poſſit, quam ex dote, non aliter. Hanc tamen reſtrictionem non admittunt generalia verba Juſtiniani *loc. cit.* quæ ſunt: *Vel ſi non intercedat mulieris voluntas*, *utiliter tamen res geſta eſt*, *negotiorum geſtorum adverſus eam ſufficere*.

Ob voluntarias impenſas, quibus maritus prædia dotalia exornavit, neque olim, neque hodie competit retentio; ſed pati uxor debet, maritum eas abradere, ſi revelli poſſint ſine damno prædii dotalis, & ſi ſint profuturæ ipſi marito. Itaque maritus tollet ſtatuas, ſed non abradet picturas, nihil laturus, niſi ut officiat mulieri, *l. pro voluptariis*, *l. voluptariæ ff. de impenſis in reb. dotalib. l. in fundo*, *ff. de reivind. l. 3.* §. *ſed ſi mutua*, *ff. de in rem verſo*, *d.* §. *ſileat*.

Miratur Balduinus in ſuo Juſtiniano de oſcitantia Triboniani, qui cum in noſtra *l. un.* retentiones ſuſtulerit; tamen in Pandectis, & in ipſo Codice tot leges reliquerit, quæ palam marito retentionem concedunt, quæ leges a nobis in præſenti diſputatione jam allegatæ ſunt. Julius tamen Pacius *centur. 5. quæſt. 60.* pro tuendo Triboniano duplicem retentionem diſtinguit; unam perpetuam, qua res dotales jure dominii ſemper apud viri futuræ ſint, & hanc a Juſtiniano detentam docet: alteram temporariam, quæ ſit loco pignoris, donec viro ſatisfactum ſit, & hanc tantummodo ſublatam ait ex *l. dote ff. de dote prælegata*, ubi habetur, ob neceſſarias impenſas, quæ ipſo jure dotem minuunt, licitam eſſe retentionem, quæ perpetua futura eſt: at non eſſe licitam ob donationes in mulierem factas, quia hæc eſſet dilatio ſolutionis nomine pignoris.

III. Ex judicio rei uxoriæ dos adventitia per

per mortem uxoris, vel ad extraneum redit, qui eam ſibi dari recepit: vel ea conventione ceſſante, remanet apud virum ſemper, ut inquit Ulpianus in *tit. de dotib.* §. *adventitia*, id eſt, *ſive extent filii*, *ſive non*, verba Ulpiani: *Adventitia autem dos ſemper penes maritum remanet*, *præterquam ſi is, qui dedit*, *ut ſibi redderetur*, *ſtipulatus fuit*; *quæ dos ſpecialiter receptitia dicitur*. Hoc poſtremum immutat Juſtinianus ob actionem ex ſtipulatu. Itaque in §. *illo procul dubio*, ſtatuit, ut niſi extraneus receperit dotem ſibi reſtitui, ſemper dos actione ex ſtipulatu ad mulieris heredes ſpectet, nec unquam cedat lucro viri, niſi ita nominatim pacto conventum ſit.

Hinc ex novo jure Juſtinianeo ubicumque in *ff.* vel *C.* legimus dotem adventitiam cedere lucro viri per mortem uxoris, id intelligamus oportet, ex pacto inito: nam ſine eo dos reſtituenda eſt heredibus mulieris. Ita eſt in *l. ſi ab hoſtibus*, §. 1. *ff. eod.* ubi proponitur, maritum necaſſe uxorem, ut dotem lucrifaceret, id eſt ob pactum; ne tamen ex ſuo delicto lucrum conſequatur, datur actio dotis heredibus uxoris. Ita quoque in *l. cum mortem*, *ff. de jure fiſci*, maritus, quia non vindicavit necem uxoris, privatur tanquam indignus lucro dotis, quæ fiſco acquiritur: id eſt, ſi ex pacto dos ad virum pertinebat. Nec aliter in *l.* 5. *ff. de bonis damnatorum*, uxore ſerva pœnæ effecta dicitur; *Verum eſt dotem mariti lucro cedere, quaſi mortua ſit*. Et in *l. un. C. ſi adverſus dotem*, ubi mulier minor ætate circumventa a marito, omnia ſua bona ei in dotem dedit, mortua uxore maritus dotem lucratus eſt. Conceditur tamen ſorori defunctæ reſtitutio in integrum ex perſona defunctæ. In his, inquam, omnibus ex nova lege Juſtiniani pactum intelligere opus eſt, initum de dote acquirenda viro; ſicut etiam idipſum intelligere oportet in *l. mulier ff. de condit. inſtit. l. Celſus ff. de religioſis*, *l. dotali*, *ff. de fundo dotali*.

Petes, quid in dote profectitia? Et dicimus, ſi pater prior deceſſerit conſtante matrimonio, deinde ipſa filia, dos profectitia in judicio rei uxoriæ pertinebit etiam ad maritum, non ad heredes ſoceri, ut clare conſtat ex Ulpiano in *d. tit. de dotib. Mortua*, inquit, *in matrimonio uxore*, *dos a patre profecta*, *ſi pater non ſit*, *apud virum remanet*. At vero hodie actione ex ſtipulatu competet actio heredibus uxoris, *d.* §. *illo procul dubio*, ubi generatim dicitur, dotem non in lucrum mariti cedere, ſed ex ſtipulatu ad uxoris heredes tranſmitti, ut recte ibi notat Cujacius.

Sed ſi moriente filia, vivus ſit pater, dos profectitia in omni judicio revertitur ad patrem, a quo profecta eſt, *l. jure ff. de jure dotium*: nec intereſt, utrum filiam habeat in poteſtate, necne, *l. pater*, *ff. de evictionibus*.

Ceterum, quid dicendum ſit, cum matrimonium ſolvitur morte viri, infra dicemus ad finem.

Quæ immutata ſint in utraque actione.

IN actione rei uxoriæ dos, quæ conſtat numero, pondere, & menſura, redditur uxori ſoluto matrimonio annua, bima, trima die; niſi ſi ut præſens reddatur, convenerit, Ulpianus *loc. cit.* §. *Dos ſi pondere*: id eſt ob minuendam exactionis acerbitatem, non reſtituitur ſtatim, nec tota ſemel, ſed tribus penſionibus, anno, biennio, triennio, §. *cum autem*. Quod leges aliquando compendio orationis dicunt, *annua die*, *l.* 1. *ff de dote prælegata*, *l. talis*, *ff. de legat* 1. Idem eſt, ſi dicas, *trima die*, *l.* 3. §. *pen. ff. de annuis legat*. Præterea hæc exactio non fit in ſolidum, ſed quatenus maritus facere poteſt, deducto ne egeat, ſi modo non in fraudem uxoris vir bona ſua diminuerit dolo malo, *d* §. *cum autem*, & *l. etiam*, §. 1. *ff. hoc tit.* Reliquæ dotes, quæ conſiſtunt in corporibus, rebuſque certis, redduntur præſenti die poſt ſolutum matrimonium, ut ibidem patet, Ulp. *loc. cit. d.* §. *dos ſi pondere*.

Actio ex ſtipulatu in dote repetenda olim erat aſperior, nec quidquam in judicis arbitrio reponebat; quippe maritum condemnabat in ſolidum, non habita ratione facultatum ejus, & exigebat dotem ſtatim a matrimonio ſoluto.

Hanc aſperitatem actione ex ſtipulatu, qua ſola hodie dotes repetuntur, mitigavit Juſtinianus in *d.* §. *cum autem*, eique novam formam induxit, adjecit enim ex actione rei uxoriæ, ut maritus ſi ſine dolo malo ſuas facultates attrivit, ſolum condemnaretur in id, quod facere poteſt, cum eo tamen, ut caveat uxori, ſi ad meliorem fortunam

tunam pervenerit, etiam quod minus ſolvit, ſe reſtituturum. Hanc cautionem de nuda repromiſſione intelligit hic Cujacius, ideſt, promittis? promitto, ſine fidejuſſore, ſine pignore. Etenim ſocius conventus in id, quod facere poteſt, dum cavet de ſolido in caſu melioris fortunæ, nuda promiſſio ſatis eſt, *l. verum*, §. *id quod*, *ff. pro ſocio*, & vir ſocius uxoris eſt, *l.* 1. *ff. de ritu nupt.* Præterea, quia in *l.* 3. *C. de verbor. ſignif.* Juſtinianus conſtituit cautionis nomen de nuda promiſſione accipi debere, ſi nihil addatur aliud, puta ſi non dicatur *idonea cautio*, vel *ſatiſdatio*.

Ita quoque actioni ex ſtipulatu addidit Juſtinianus, ſi dos conſiſtat in quibuſcunque mobilibus, vel ſe moventibus, vel juribus, vel actionibus, ut ea non reddatur annua, bima, trima die, neque etiam præſenti die, quorum illud erat in actione rei uxoriæ, hoc in actione ex ſtipulatu, ſed intra annum, *d.* §. *cum autem*. At intra eum annum mulier, quæ aliunde vitam tolerare non poteſt, alenda eſt ſumtibus mariti, vel heredum ejus, quod & ipſi dote utantur, fruantur. Accurſius, & Cujacius hic.

Et quidem dos hæc intra annum eſt immunis ab uſuris; ſed ſi poſt annum non reddatur, incipiunt uxori currere uſuræ trientes, ſeu ad tertiam partem centeſimæ; quippe res mobiles æſtimantur, & ejus æſtimationis uſuræ perſolvendæ ſunt. Qua in re diſtat vir ab uxore; nam viro petenti dotem debentur uſuræ trientes poſt biennium, *l. ult.* §. *præterea C. de jure dotium*.

Quod ſi dos in rebus ſoli conſiſtat, commune eſt utrique actioni, & ex ſtipulatu, & rei uxoriæ, ut præſenti die reddantur, ſeu ſtatim ſoluto matrimonio, d. §. *cum autem*.

Quæ retenta ſint communia utriuſque actionis.

De his Juſtinianus agit in §. *cumque ex ſtipulatu cum ſeq.* & duæ propoſitiones ſtatuendæ ſunt; ſed prius meminiſſe oportet nos hic loqui de rebus inæſtimatis tantum, quæ etiam proprie ſunt dotales.

Prior propoſitio eſt. Quæ ſunt in fructu, percepta conſtante matrimonio, ex utraque actione cedunt lucro viri pro oneribus matrimonii. In fructibus dotis ſunt vindemiæ, ſegetes, item lana, & fetus pecorum. Fructuum vice ſunt uſuræ collectæ ex nominibus dotalibus, *l. uſuræ*, *ff. de uſuris*: ita quoque penſiones prædiorum non modo ruſticorum, ſed etiam urbanorum, *l.* 7. §. *de penſionibus*, *ff. hoc tit. l. prædior. ff. de uſur.* Demum vice fructuum ſunt quæ ſervus dotalis acquirit ex re mariti, vel ex operis ſuis, *d.* §. *cumque ex ſtipulatu*.

Ex quibus colligit Gloſſa hic, maritum ſimilem eſſe fructuario. Quod Cujacius inficiatur, quia maritus eſt dominus: unde licet fructuarius non poſſit manumittere ſervum, in quo habet uſumfructum, *l.* 2. *ff. de manum. vind.* maritus tamen recte manumittit ſervum dotalem, ſi ſit ſolvendo, id eſt pretium capitis manumiſſi poſſit refundere uxori, ſicuti alienare poteſt, quamlibet rem dotalem mobilem, ſi ſit ſolvendo, *l.* 3. *C. de jure dot.*

Poſterior eſt. Quæ non ſunt in fructu, maritus ex utraque actione reddit uxori, & augent dotem. Et hujuſmodi ſunt fetus gregis, hi ſcilicet, qui ſubmittuntur a marito in locum ovium demortuarum, ut ita gregem integrum retineat; quippe hi non habentur in fructu, ſed doti accreſcunt, *l. plerumque*, §. *ſi ſervi*, *ff. de jure dotium*, *d. l.* 7. §. *non ſolum ff. hoc tit.* Pariter quæcumque ſervo dotali relinquuntur hereditatis, aut legati titulo, in dote ſunt, *l. aditio ff. de acqu. hered.* modo excipias, ſi quid relictum ſit contemplatione mariti, hoc eſt, quod expreſſe teſtator ad maritum velit pertinere, *l. ſi legato*, *ubi gl. ff. de jur. dotium.*

Eodem modo partus ancillarum dotalium augent dotem, nec ſunt in fructu, *d.* §. *cumque ex ſtipulatu*, & *l. cum poſt*, §. *ult. ff. de jure dotium*; nam abſurdum viſum eſt, ut homo eſſet in fructu, cujus gratia Deus fructus omnes creavit, *l. fetus*, *ff. de uſufr. l. in peculium ff. de uſur.*

Demum in fructu non eſt theſaurus, augetque dotem, *l. divortio*, §. *ſi fundum*, *ff. eodem*. Item lapides cæſi, arbores frugiferæ, & res comparatæ ex dotali pecunia, *l. ſi ex lapidicinis*, *l. res quæ ex dotalibus*, *ff. de jure dotium*, *d. l.* 7. §. *ſi fundum*.

Itaque quæ ſunt in fructu, acquirit vir, quia dominus, ut dixi; verum quia non eſt ſolus dominus, ea, quæ in fructu non ſunt, reſtituit uxori, quæ & ipſa domina eſt, quod ſupra latius expoſitum eſt.

Præterea commune utrique actioni eſt, quod

Digitized by Google

quod proponitur in §. *cautione*. Summa hæc eſt: Filius a patre, qui dotem a nuru accepit, inſtitutus heres ex parte conſtante matrimonio, eam dotem habet præcipuam, & eam detrahit in judicio familiæ erciſcundæ, nec ſubjacet diviſioni. Idque utriuſque judicii æquitas admittit, id eſt tam ſi dos ex ſtipulatu reddenda ſit, quam ſi actione rei uxoriæ. Supponitur ergo dos data ſocero, quod accidit, cum maritus eſt ſub poteſtate patris, qui eſt ſocer: quia enim eo caſu pater ſuſtinet onera filii, & nurus, quos omnes in ſua familia habet, *l. filia* §. *hoc amplius*, *ff. fam. erciſc.* propterea dos, quæ conſtituitur ad onera matrimonii ferenda, patri datur: imo ſi marito data ſit, patri confeſtim quæritur, *l. ſi filiofam. 26. l. ſi filiof. 56. ff. eod.* Poſt mortem vero patris, quia onus matrimonii a patre in filium transfertur, ideo ad filium quoque dos tranſit, qui eam præcipiet judicio familiæ erciſcundæ, tanquam æs alienum patris: eaque præcepta, deinde reliquam patris ſubſtantiam dividet cum coheredibus. Verum coheredes oppoſita exceptione doli, non ante permittent filio dotis præceptionem, quam ipſe caverit per ſtipulationem coheredibus, ſe defenſurum eos adverſus mulierem, vel patrem ejus, vel adverſus quemcumque, qui ſoluto matrimonio dotem ſit repetiturus, *d. §. cautione*, *d. l. filia*, §. *hoc amplius*, *l. fund. ff. fam. erciſc. l.* 1. §. *Celſus*, alias *l.* 2. *in princ.* & §. *pen. ff. de dote prœleg.*

Quæres I. quid ſit dicendum, ſi filius exheredatus ſit? Et plane etiam exheredato concedenda eſt dotis præceptio; nam exheredatio non adimit dotem filio, *l. dotem ff. de collat. bonorum*; tum quia cenſetur ut æs alienum; tum etiam, quia ad filium onera matrimonii ſequuntur, cum & dos ſequitur. Eodem modo exheredatio jus ſepulchri familiaris non adimit, qua exheredatio familiam non aufert, *l. 6. ff. de religioſis*? Sed qua actione exheredatus filius dotem petet? Et in *d. l.* 2. *in princ.* dicitur, actione utili. Quod recte Accurſius ibi explicat, utili actione familiæ erciſcundæ, quæ datur etiam non heredi, quamvis directa ſoli heredi detur: unde filius adoptivus impubes exheredatus, petet quartam D. Pii utili hac actione *l.* 2. §. *ſi quarta ff. fam. erciſc.*

Quæres II. quid ſi filius inſtitutus ſit a patre ex aſſe? Dubium id locum habet, cum ob onera legatorum legis Falcidiæ ratio ponenda eſt. Et dicimus, filium adhuc deducere dotem uxoris ſuæ, tanquam æs alienum patris; nam heres, cum inducitur lex Falcidia, deducit æs alienum, *l. ſi vir uxori*, *ff. ad leg. Falcid.* Cujacius hic.

Quæ retenta ſint ex actione rei uxoriæ.

De his agitur in §. *videamus cum 4. ſeqq.* Primum eſt in dote profectitia. Olim ſi filia dotata a patre, heres fuiſſet ab eodem ſcripta ex parte, actio ex ſtipulatu de dote, dividebatur inter coheredes pro portionibus hereditariis: quod ſi fuiſſet exheredata, dote filia ſpoliabatur, dotis repetitione competente ſolis heredibus ſcriptis. Hoc emendat Juſtinianus ex natura actionis rei uxoriæ, per quam filia ſemper dotem ſibi præcipuam retinet, non tantum heres ſcripta ex parte, ſed etiam emancipata, & exheredata. Nempe, quia dos profecta a patre, efficitur patrimonium filiæ, adeo ut negatur eſſe in bonis patris, & dicatur magis eſſe in bonis filiæ, *l.* 4. *ff. de collat. bonor. l. pater*, *ff. ad leg. Falcid.* propterea nec emancipatione adimitur, nec exheredatione, quia exheredatio excludit filiam tantum a bonis paternis.

Præterea ex actione rei uxoriæ filia exheredata caret querela inofficioſi teſtamenti, ſi dos ad legitimam eſt ſatis. Id hodie a Juſtiniano transfuſum eſt in actionem ex ſtipulatu, §. *quo a nobis*. Itaque hodie dos profectitia, ſicut & donatio propter nuptias, ſemper imputantur in legitimam, ut in *d.* §. & in *l. quoniam C. de inoff. teſtam.* quia præſumit lex dotem, vel donationem propter nuptias liberis dari contemplatione portionis debitæ: ſicuti quæ donat libertus patrono, contemplatione debitæ portionis donata cenſentur, *l.* 3. §. *pen. ff. de bonis libertorum*. Olim dos tanquam vivo patre ſeparata a bonis paternis non imputabatur in legitimam, *l.* 1. & 2. *C. Gregor. de inoffic. teſtam.* quippe legitima debetur ex bonis, quæ morientis fuerunt, *l. cum quæritur*, *C. de inoffic. teſtam.*

Tandem ex actione etiam rei uxoriæ eſt ut dos profectitia, patre moriente inteſtato, non veniat: at eodem patre moriente teſtato, non veniat, niſi teſtator expreſſe collationem injunxerit, *d.* §. *quo a nobis*. Quod poſtremum idem Juſtinianus immutavit in §. *illud quoque*, *auth. de triente*, & *ſemiſſe*, ſtatuitque, ut ſuccedentes ex teſtamento fratres con-

Digitized by Google

conferrent bona propria in commune, ſi vellent frui paternis ex teſtamento, niſi teſtator id prohibuiſſet.

Itaque dos imputatur in legitimam, & confertur. Et ſane hæc eſt regula Juſtiniani in *l. pen. C. de collationibus*, ut quodcumque imputatur in legitimam, id etiam conferatur fratribus: ſed non e contrario, nam non omne, quod confertur, etiam imputatur in legitimam.

Ceterum dos adventitia, id eſt a matre filiæ data, vel ab avo materno nepti in collationem pariter venit, cum eidem matri, vel avo ſucceditur: idipſum eſt de donatione propter nuptias; quamvis in ceteris regula ſit, ut donata a matre, vel alio aſcendente materno, collationi non ſubjiciantur. Vide in *d. l. pen.* §. *ad hæc cum ſeq.*

Secundum eſt in dote adventitia. Si dos ab extraneo data ſit, ſimpliciter ſine ullo pacto, cenſetur ipſi mulieri donata; & ſoluto matrimonio, eam ipſa ſibi repetit actione rei uxoriæ, ut olim: hodie actione ex ſtipulatu. At ſi extraneus, qui pro muliere dotem dedit, nominatim ſtipulatus, vel pactus ſit, eam ſoluto matrimonio ſibi reddi, utique ipſi & non mulieri actio ad repetendum competet, §. *accedit*. Quæ dos in jure noſtro *receptitia* dicitur. Itaque extraneo ita ſtipulanti datur actio ex ſtipulatu: ſed paciſcenti redditur actio præſcriptis verbis, *d.* §. *accedit*, *l. avia* 6. *C. de jure dotium*: ex eo enim pacto in continenti adjecto cenſetur geſtus contractus innominatus, *do ut des*, id eſt do tibi dotem, ut ſoluto matrimonio eam mihi reddas: conſtat autem ex contractu innominato oriri actionem præſcriptis verbis, *l. naturalis* §. 1. *ff. de præſcriptis verbis*.

Eſt in hac re differentia inter extraneum, & patrem dantem dotem pro muliere; nam pater recipit ſibi dotem ſtipulatione tantum, non pacto inito reddendæ dotis; at in extraneo ſufficit pactum. Quæ differentia proponitur in *d. l. avia 6. C. de jure dotium*, & inſinuatur in *l. quoties*, *ff. eod.* Et extranei nomine venit quicunque non habet mulierem in poteſtate, ut propterea pater reſpectu filiæ emancipatæ hic extraneus dicatur, § *extraneum*.

Hujus diſcriminis ratio varie redditur a Gloſ. in *d. l. avia*, Alciato in *l. legem n.*7. *C. de pactis*, Alexandro in *l. ſi cum dote*, *ff. eod.* Connano 8. *comm.*10. *num.* 7. Placet tamen, ut dicamus rationem pendere a novatione, quæ in dote profectitia fit a patre, cum in ſe dotis repetitionem transfert. Quod hic breviter explicandum eſt. Ex juris diſpoſitione actio rei uxoriæ pro repetenda dote profectitia non eſt ſolius patris, nec filiæ ſolius, ſed ſimul utriuſque; & ſi patri ſoli agenti maritus dotem reddat, ab obligatione non ſolvitur, poteſtque iterum ab uxore conveniri, *l.* 2. §. 1. *ff. eod.* Quod retinet Juſtinianus hic in §. *& hoc*, ut dicemus. Inde fit, ut quoties pater velit actionem pro dote ſibi in ſolidum acquirere, opus omnino ſit novatione: nam novatio eſt, ubi perſona *creditoris* mutatur, *l. ult. C. de novationibus*. Novatio autem ſolo pacto, & ſine ſtipulatione non fit, *l.* 1. *C. de novationibus*, §. *præterea Inſtit. quib. modis tollitur obligatio*, Accurſius in *l.*1. *v. civilem*, *ff. de novationibus*. Ex hoc ergo eſt, ut pater nequeat in ſolidum transferre in ſe dotis profectitiæ rei ſtitutionem, niſi adhibita ſtipulatione: extraneus vero, qui nihil innovat, poſſit etiam per pactum. Et hanc eſſe veram hujuſce rei rationem, demonſtrant evidenter verba Maximini in *d. l. avia*, quæ ita habent: *Patris pactum dotis actionem profectitiæ nomine competentem conventione ſimplici minime creditur innovare*. Ubi duo habentur, & novationem fieri, & eam ſimplici pacto non celebrari. Itaque ſtipulatione opus eſt.

Sed quia novatio, cum mutatur perſona creditoris, non valet ſine delegatione: propterea nequit pater neque etiam ſtipulando in ſe ſolum dotis repetitionem transferre, ſine delegatione filiæ: & hoc eſt, quod dicitur *ex voluntate filiæ in d. l.* 2. §. 1. *ff. eod.* Unde rectiſſime Cujacius hic in §. *accedit*, docet ſtipulationem ita a patre concipi debere, *Voluntate filiæ dotem mihi reddi*. Quibus recte intellectis, facile ſolvuntur quæcunque in contrarium objicit Alexander in *d. l. ſi cum dotem*.

Quamvis autem ſoluto matrimonio morte viri dos profectitia actione rei uxoriæ repetatur ſimul a patre, & a filia, nec poſſit unus ſine conſenſu alterius agere; tamen patre mortuo ante litem conteſtatam, non transfertur actio in heredem ipſius, ſed ſola filia agit, ac dotem proſequitur, etiam exheredata, quaſi proprium patrimonium, §. *& hæc*, ubi notatur id hodie retineri in actione ex ſtipulatu, quamvis olim actione iſta ſolus pater

ter egiſſet, non expectato conſenſu filiæ: & eo mortuo, actio ad ſuos heredes tranſmitteretur.

De Singularibus Dotium, ad l. 1. ff. eodem Pomponius lib. 15. ad Sabinum.

D*Otium cauſa ſemper & ubique præcipua eſt; nam & publice intereſt dotes mulieribus conſervari, cum dotatas eſſe feminas ad ſobolem procreandam, replendamque liberis Civitatem, maxime ſit neceſſarium.*

Dividitur hic textus in partes principales duas. In priori eſt propoſitio de favore dotium, & hæc ſtatim initio. Poſterior ſubdividitur in duas alias: in prima eſt propoſitionis ratio, ibi: *Nam &*. In ſecunda redditur rationis ratio, *Cum dotatas*. De ſingulis dicendum eſt.

De Priori Parte.

PRopoſitio ergo ſeu aſſertio Pomponii eſt, *Dotium cauſam ſemper, & ubique præcipuam eſſe*, quæ duplicem intellectum habet, unum proprium & nativum Pomponii ipſius, alterum aſcetitium, quem ei affixit Juſtinianus ex novis privilegiis doti ab eo tributis, quæ non ita multa, nec ita magna tempore Pomponii erant; prorſus, ut verius ſit hodie, quam olim, dotis prærogativam ſemper & ubique præcipuam eſſe. Unde Merenda 13. *contr.* 46. negat hæc verba eſſe Pomponii, & hic a Triboniano ſecundum jus novum inſerta contendit. Nihil tamen obſtat, quin Pomponii eſſe poſſint, modo recte & moderate explicentur.

Et quidem Cujac. in *l. aſſiduis*, *C. qui potiores in pignore*, ſtrictiſſime noſtrum textum interpretatur, id eſt ut non loquatur, niſi de uno tantum prælationis privilegio, cum dicit *dotium cauſam præcipuam*; nam id proprie *præcipuum* eſt, quod præ aliis capitur, *l. 2. ff. de fundo inſtructo*, *l. filiæ*, *C. fam. erciſc.* Quia ergo dos, cum de repetendo agitur, ob privilegium prælationis præcipitur a muliere, id eſt capitur antequam ceteris creditoribus fiat ſatis, ideo a Pomponio *præcipua* dicitur; cujus tamen tempore nec præcedebat omnia credita in actionibus perſonalibus, nec in hypothecariis.

Subdit Pomponius *ſemper*; quod dupliciter explicari poteſt. Primo *ſemper*, id eſt ſive dos repetatur die legitima, ſcilicet ſtatim in rebus ſoli, at in rebus mobilibus annua die: ſive die conventa in contractu dotali, *l. de die*, *& l. ſeq. ff. de pactis dotalibus*. Secundo *ſemper*, id eſt ſive ſoluto, ſive conſtante matrimonio dos repetatur *l. ſi conſtante*, *ff. eod.*

Ultimo addit, *ubique*, qui eſt articulus loci, ſicut *ſemper* eſt articulus temporis, & denotat, tam in Provinciis, quam in Italia; nam quod attinet ad prælationem, nullum eſt diſcrimen locorum, quamvis reſpectu alienationis fundi dotalis olim tempore Pomponii longum fuerit diſcrimen: quippe ex lege Julia fundus Italicus non poterat alienari invita muliere: provincialis autem fundus ne conſentiente quidem muliere alienari poterat. Quod diſcrimen hodie ſublatum eſt a Juſtiniano, §. 1. *Inſtit. quib. alien lic.*, *l. un. §. & cum lex Julia*, *C. de rei uxor. act.* & nos infra.

Alii addunt, dotem tempeſtate Pomponii cauſam præcipuam habuiſſe etiam ex regula, quæ docet, in ambiguis pro dotibus reſpondere melius eſſe, *l. in ambiguis*, *ff. de regi juris l. in ambiguis ff. de jure dotium*, veluti ut ſponſa, etiam matrimonio non ſecuto, in his, quæ dedit nomine dotis, habeatur ut uxor, *l. ſi ſponſa*, *ff. de jure dotium.* Quæ interpretatio ex mente Pomponii non eſt, qui *præcipuum* ſtricte, id eſt de ſola prælatione accipit, ut jam dictum eſt.

Hactenus de noſtro textu ex mente Pomponii. Dubium tamen eſſe non poteſt, propoſitionem illam generalem, *Dotium cauſam ſemper, & ubique præcipuam eſſe*, veriorem deprehendi, ſi accipitur ſecundum jus novum Juſtiniani; nam ſi illud, *præcipuam*, ſumatur ſtricte de ſola prælatione, hodie dotis exactio præponitur omnibus creditoribus non ſolum ex perſonali agentibus, ſed etiam hypothecariis: quare hodie, quam olim, verius eſt dotem ſemper præcipuam eſſe. At ſi accipitur large pro privilegio quocunque, etiam verius eſt. Dotem hodie ubique præcipuam eſſe, quam olim, cum Italiæ, & Provinciarum diſcrimen ſublatum ſit.

Meminiſſe tamen oportet, hanc noſtri textus propoſitionem non eſſe axioma, quod nunquam fallit, ſed eſſe regulam, ad quam ſatis eſt, ſi plerumque vera deprehendatur, quamvis nonnunquam ob circumſtantiarum varietatem efficiatur irrita, *l. regula*, *l. omnis definitio ff. de reg. juris*. Hoc monemus eo quod dotis cauſa aliquando nec inter perſonales actiones, nec inter hypothecarias præcipua eſt, ut a nobis ſupra deductum eſt.

De

Digitized by Google

De poſteriori parte.

IN hac additur ratio privilegii; nam cum privilegium lex ſit, ſine ratione ſtare poteſt: quippe *lex ratione conſtat ſive legem ratio commendat*, ut loquitur Tertullianus *lib. de corona militis*. Hujus ergo privilegii ratio ſeu cauſa eſt, quod publice interſit dotes mulieribus conſervari, ut nubere poſſint, & dare operam juſtis liberis procreandis. Quod eſt maxime neceſſarium in Republica, quæ juſtis civibus conſervatur, & augetur; nam etſi nuptiæ conſiſtant ſine dote, *l. nuptiæ, C. de donationibus ante nuptias*; tamen pauciſſimi ſunt, qui velint ducere indotatas, & ob id Reipublicæ intereſt, ut dotes eis conſerventur. Hinc Reipublicæ naſci dicimur, *l.* 1. *§. & generaliter, ff. de ventre in poſſeſſionem mittendo*, quod a Platone deſumtum eſt, *lib.* 7. *de legib.* & *epiſt.* 9. dum ait, nos primo patriæ, deinde parentibus, poſtremo & nobis naſci. Lucilius:

Commoda præterea patriæ ſibi prima putare,
Deinde parentum, tertiam jam poſtremaque noſtra.

Hinc & conditio viduitatem inducens Reipublicæ utilitati repugnare videtur, *l. hoc modo, ff. de conditionibus, & demonſtr.* ut Gothofr. hic notat.

Sunt tamen, qui contra Pomponium diſputent, contendentes, ſingularia dotis non ob publicam Civitatis utilitatem eſſe introducta, ſed ob privatum mulierum commodum.

Quod probant I. ex *l. aſſiduis, C. qui potiores in pignore*, ubi Juſtinianus privilegium prælationis etiam contra creditores hypothecarios inducens, motus videtur non niſi privato mulierum commodo, id eſt ut mulierum fragilitati ſuccurreret, & quod & corpore, & ſubſtantia, & omni vita uxoris maritus fruatur. Quas etiam rationes obtendit in *§. quæſitum eſt igitur, auth. de æqualitate dotis*.

II. Ex *l.* 3. *C. de primipilo lib.* 12. ubi cauſa dotis expreſſe privata dicitur; nam Diocletianus Imperator mulieri agenti pro dote præferens fiſcum agentem ex cauſa primipili, hanc rationem reddit: *Utilitas publico præferenda eſt privatorum contractibus*.

III. Ex jure Pontificio, cum alienationem fundi dotalis a lege civili prohibitam jurejurando roborari ſtatuit in *cap. cum contingat*, & *cap. licet, de jurejur.* Quod ſatis declarat cauſam dotis eſſe juris privati: nam jusjurandum contra jus privatum ſtringit, non etiam contra jus publicum, *cap. ſi diligenti, de foro competenti*.

Non eſt tamen a noſtri Pomponii ſententia recedendum, cum leges tueri dotem ob Reipublicæ utilitatem decernit; cui adhæret Paulus in *l.* 3. *ff. de jure dotium*, inquiens: *Reipublicæ intereſt, mulieres dotes ſalvas habere, propter quas nubere poſſint*. Idem Paulus in *l.* 3. *ff. de privil. creditorum*, & Tryphoninus in *l. in bello, §. medio tempore, ff. de captivis*, ibi: *Publica nuptiarum utilitas*. Imo idipſum fatetur Juſtinianus ipſe in *§. ſancimus, auth. de reſtitutionibus, & ea quæ parit*, ubi injunctum fideicommiſſum reſolvi permittens ob donationem propter nuptias, vel ob dotem, ait: *Ea enim, quæ communiter omnibus proſunt, iis, quæ ſpecialiter quibuſdam utilia ſunt, præponimus*.

Nec ſolum auctoritate juris, ſed rationis etiam momento idipſum probatur. Nam multa ſingularia pro dote ſtatuta a legibus, dura ſunt; & illud quidem duriſſimum, ut cauſa dotis præferatur antiquiori creditori. Quod ſi ob privatam mulierum utilitatem inductum dicamus, jam lex palam eſſet injuſta, id eſt lex non eſſet, ſed Principis libitum, inferens antiquiori creditori damnum, & præjudicium ſine cauſa. Quæ iniquitatis ſuſpicio ceſſat, ſi in dotibus conſervandis publicam utilitatem verſari dicamus. Nam juſtitiæ legalis, quæ in Legislatore reperitur, munus eſt ſingulos cives dirigere ad bonum commune Reipublicæ, ut partes ad totum, D. Thom. 2. 2. *qu.* 58. *art.* 5. & propterea aliquando etiam ea, quæ nonnullis civibus præjudicium inferunt, amplectatur, dummodo inde ad bonum publicum pervenire poſſit. Exempla habemus, cum ob fuſum exercitum decimus quiſque miles fuſte feritur, etiamſi ſtrenuus: & cum ex Senatusconſulto Syllaniano Domino per ſervum necato, familia omnis, quæ ſub eodem tecto manſiſſet, ad ſupplicium capitur, in qua ſæpe, & innoxii ſunt. Hæc dura ſunt, ſed non iniqua, ob publicam ſcilicet utilitatem. Et de his ſermonem habens C. Caſſius apud Tacit. 14. *annalium*, inquit: *Habet aliquid ex iniquo omne magnum exemplum, quod contra ſingulos utilitate publica rependitur*. Fateamur

ita

itaque oportet, dotis cauſam multis ſingularibus frui, quia publice intereſt, mulieribus ſalvam eſſe.

Itaque duplex privilegiorum genus diſtinguendum eſt. Unum, quod in privatos homines fertur, ob privatam utilitatem. Et eo nihil eſt pernicioſius Reipublicæ, ut monuit Cicero *pro domo ſua*, dum ait, privilegia, ſeu leges pro privatis hominibus, prohiberi, & vetari tam a legibus ſacratis, quam a XII. Tabb. legibus. Leges ſacratæ ſunt, quæ in ſacro monte latæ fuerunt, Manutius *de legibus pag.* 25. Idemque Cicero hujus legis verba *lib.* 3. *de legib.* hunc in modum refert: *Privilegia ne irroganto*. Alterum privilegiorum genus eſt, quod privatis quidem perſonis indulgetur, ſed ita utilitate publica exigente. Et hoc juſtum & probatum eſt, ut privilegia creditorum, fiſci, dotis, Rævardus ad *ll. XII. Tabb. cap.* 2. Non diſſimilia habet Cujac. 15. *obſ.* 8. qui præterea ex Ænea Gazæo monet, hanc legem Decemviros, ut alias pleraſque, ſumſiſſe ex Solonis legibus.

Nec in contrarium oppoſita obſtant. Nam inquantum ad primum, dicimus rationes a Juſtiniano congeſtas in *d. l. aſſiduis*, & in *dict. auth. de æqualitate dotis*, nempe fragilitatem mulierum, fruitionem mariti eſſe cauſas impulſivas, quæ tamen omnes famulantur uni cauſæ finali, quæ eſt favor publicus. Non enim negandum eſt, privilegia dotis privatam etiam mulierum utilitatem reſpicere; ſed hæc non eſt cauſa finalis, & primaria. Et hoc ſane demonſtrat Pomponius in noſtra *l.* 1. dum ait: *Nam & publice intereſt*, *&c.* quippe articulus *Et*, præter cauſam expreſſam, aliam tacite deſignat, quaſi dictum ſit, mulieribus dotem conſervari intereſſe non ſolum privatæ cauſæ, ſed & publicæ. Quæ duo in hoc diſtant, ut diximus, quod cauſa publica eſt finalis, privata eſt impulſiva: propterea ut minus principalis a Pomponio innuitur potius, quam exprimitur.

II. Ad textum in *d. l.* 5. *C. de principio*, varie reſponſum eſt. Merenda 3. *contr.* 8. *n.* 22. putat, dotem dici cauſam privatam non ſimpliciter, ſed reſpectu fiſci, ut minus malum in comparationem majoris ſolet appellari *bonum* ex Ariſtotele 5. *Ethicor.* 1. Aliter reſpondet Turaminus in *l. non puto*, *ff. de jure fiſci*, *cap.* 1. *num.* 7. Mihi notandum videtur, a Diocletiano dotem non dici cauſam privatam, ſed privatorum contractum; ut mens Imperatoris ſit, utilitatem publicam verſari aliquando circa contractus cum Republica geſtos, ut eſt contractus privatorum, ut eſt in dote; his tamen concurrentibus præferri utilitatem publicam ex contractu Reipublicæ; præferi, inquam, utilitati publicæ ex contractu privatorum. Non negat ergo Diocletianus dotis cauſam eſſe publicam, ſed negat oriri ex publico contractu.

III. Quod attinet ad jus Pontificium diſtinguendum inter jus Publicum utilitate, & auctoritate, quæ diſtinctio traditur a Pacio in §. *hujus ſtudii*, *Inſtitutionibus*, *de juſt. & jur.* Juri publico utilitate poteſt jurejurando derogari, non quidem in communi, ſed a privato homine, ad quem hæc utilitas privatim derivat, ut intelligendus eſt textus in *cap. cum contingat*, & *cap. licet*, *de jurejurando*, cum fundi dotalis alienatio jurejurando roboratur; præſertim quia olim extra Italiam ex lege Julia non prohibebatur, & in ſolo Italico etiam aſſentiente uxore valebat: quippe dotium cauſa eſt quidem juris publici, ſed utilitate, ut ex noſtro textu patet.

Aliud eſt de jure publico auctoritate. Tale olim erat, quod auctoritate Populi Romani gerebatur, ut arrogatio, tutela, teſtamentum; nihil enim horum, niſi auctore populo, fieri poterat; nam in arrogatione Principis conſenſus exigebatur, Gellius 5. *Noct. Attic.* 19. quæ poſtea Imperiali reſcripto permitti cœpit, §. 1. *Inſtitut. de adoptionibus*: ita etiam in tutela, quæ propterea publicum munus dicitur, *Inſtitutionibus de excuſationib. tutorum, in princ.* Eadem de cauſa teſtamentum juris publici etiam dicitur in *l.* 3. *ff. qui teſtamenta*, & in *l. teſtandi*, *C. de teſtamentis*, quidquid repugnet Rævardus 5. *var.* 12. qui pro jure publico in citatis legibus jus privatum legit. De Jure Canonico jus publicum auctoritate eſt, quod in Conciliis communi Eccleſiæ conſenſu ſtatuitur, ut patet ex *d. cap. ſi diligenti*, *de foro competenti*, ubi clericorum exemtio in temporalibus, quia ſtatuta in Conciliis Milevitano, & Carthaginenſi, juris publici eſſe dicitur, & propterea ei nec etiam jurejurando poſſe renunciari.

Videtur tamen hoc verius eſſe de jure publico Eccleſiaſtico, quam Sæculari, cui ſal-

tem

Digitized by Google

tem indirecte jurejurando recte renunciatur. Quod probatur ex *cap. quamvis pactum, de pactis in 6.* cum dicitur jurejurando futuræ paternæ hereditati recte renunciari; & tamen pactum iſtud libertatem teſtandi patri tollit, *l. pactum quod dotali, C. de pactis:* quapropter contra jus publicum auctoritate eſt, cum teſtamentum juris publici auctoritate ſit, ut jam monuimus.

His conſequens eſt, ut dotis privilegia explicemus. Et nos quidem ſupra in ultima Rubricæ parte vidimus de iis, quæ pro repetenda dote mulieri impertita ſunt; quare illud ſupereſt, ut reliquis hic percurramus.

Enumerantur ſpecialia dotium.

PRimum privilegium. Ex lege Julia fundi dotalis, qui in Provinciis eſſet, alienatio licita erat, quia prædia provincialia olim non erant res mancipi, id eſt alienando dominum Bonitarium, non Quiritarium conſtituebant: at in eo, qui in ſolo Italico erat, & erat res mancipi, diſtinguebatur, ut poſſet ſcilicet alienari, volente muliere, obligari autem non poſſet, nec volente muliere, §. 1. *Inſtitutionib. quibus alienare non licet, l. un. §. & cum lex, C. de rei uxor. act.* Ratio diverſitatis erat, quia facilius mulier conſentit obligationi, quam alienationi, quia obligatio non mutat dominum rei; quare nimiam facilitatem lex refrænare voluit, ut ubi majus eſſet periculum, ibi plenius conſuleret. Ob quam etiam cauſam SC. Vellejanum opitulatur mulieri obligatæ pro alio, non etiam donanti; quia facilius ſe mulier obligat, quam donet, *l. 4. ff. ad Vellej.* Hæc lex Julia eadem eſt cum ea, quæ & de pudicitia lata eſt, & de adulteriis, ut eſt apud Paulum 2. *ſentent. tit. de dotib.*

Hodie ex Juſtiniano in *cit. jurib.* ſublata eſt differentia locorum, Italiæ, & Provinciarum: ſublata etiam differentia eſt inter alienationem & obligationem. Itaque generatim ſancitum eſt, ne fundus dotalis, ubicumque locorum ſit, nec etiam conſentiente uxore poſſit alienari, ea ratione, ne fragilitas ſexus in perniciem ſuæ ſubſtantiæ convertatur.

Idipſum porrigitur ad fundum donatum propter nuptias, quæ tanquam reciproca dos habetur; hac tamen addita exceptione, ut ſi mulier, quæ ſemel alienationi, vel obligationi fundi donati propter nuptias conſenſit, iterum deinde poſt biennium conſentiat, ita ut appareat, non ex animi fragilitate, ſed certo judicio conſenſiſſe, rata ſit alienatio, vel obligatio, ſi ex aliis mariti bonis mulieri ſatisfieri poſſit, §. *ſi quis igitur, auth. ut immobilia antenuptialis donationis, auth. ſive, C. ad Vellej.*

Quæres I. an fundi etiam dotalis alienatio, & obligatio firma ſit, ſi poſt biennium mulier iterum conſentiat, & aliæ res viro ſuppetant, ex quibus mulieri conſuli poſſit. Et nonnulli ex antiquis affirmant, de quibus Accurſius in dictis juribus meminit. Ita quoque Cujacius in *d. auth.* & in *d. l. un. §. & cum lex*, cui adhæret Gothofredus in *d. auth. ſive*. Moventur ex illis verbis Juſtiniani in *d. §. ſi quis igitur: Et multo potius hæc in dote valebunt, ſi quid dotis aut alienetur, aut ſupponatur.*

Joannes tamen, Accurſius, & alii communiter in contrarium nituntur, qui prædicta Juſtiniani verba referunt ad prohibitionem alienationis, non ad permiſſionem: primo, quia dicitur, *Multo potius*, quæ verba ſi ad permiſſionem alienationis referas, ſenſus erit abſurdus, nempe quia fundi donati propter nuptias alienatio, & obligatio permittitur, multo potius alienationem, & obligationem eſſe permittendam in fundo dotali. Quod argumentum a majori ad minus oſtenderet graviorem eſſe cauſam donati propter nuptias, quam dotis. Quod eſt falſum; quippe ſemper favorabilior eſt cauſa dotis, in qua uxor agit de damno vitando, quam donationis propter nuptias, ubi mulier agit de lucro captando. Hinc prælatio, quam mulier habet in dote, non viget in donatione propter nuptias, licet & pro hac hypothecam ſortiatur, *l. aſſiduis, in fine, C. qui potior. in pign.* Opus eſt ergo, ut dicamus, verba, *Multo potius*, referri ad prohibitionem alienationis, & obligationis: ita enim verum erit, ſi alienatio & obligatio prohibetur in donatione propter nuptias, quæ eſt minus favorabilis, multo magis intelligatur prohibita in dote, quæ favorabilior eſt.

Secundo, quia Juſtinianus prædictis verbis ſubjicit ſtatim hæc alia: *jam enim hæc ſufficienter delimata, atque ſancita ſunt*. In quibus ſe omnino refert ad ea, quæ jam ipſe ſtatuerat in *d. l. un. §. & cum lex, C. de rei uxor. action.* & repetierat in *d. §. 1. Inſtitutionib. quibus alienare licet*. In his legibus nihil de prædicta exceptione meminit,

ſed generatim ſtatuit, nullo caſu fundi dotalis alienationem, aut obligationem permitti.

Quæres II. quid faciendum ſit, ſi maritus alienet, vel obliget? Et reſpondet Accurſius in *d.* §. 1. *v. interdicta*, nempe concedi eidem marito, ut contra factum ſuum veniat, conſtante matrimonio; nam cum quid contra legem fit, licet contra factum ſuum venire in odium recipientis, *l. Titia Sejo*, §. *ult. ff. de legat.* 2. Ergo maritus eſt obligatus in quantum ad ſolemnitatem contractus; at quia res eſt alienari prohibita, lex impertitur marito, ut contra factum ſuum veniat. Ita dominus Colonos originarios, aut cenſitos, ſine fundo vendens, adverſus emtorem vindicationem habet, quia is contra legem mercatus eſt, *l. quemadmodum*, *C. de agric. & cenſitis*, *lib.* 11. Ita quoque Prælato res Eccleſiæ contra præſcriptam a legibus formam alienanti conceditur vindicatio, *cap. ſi quis Presbyterorum*, *de rebus Eccleſiæ non alien.* Ita tandem in Regno Baro, qui ſine Regis aſſenſu feudum alienat, jus revocandi alienationem habet, Theodorus *alleg.* 96. *num.* 21.

Non obſtat Celſus in *l. per fundum*, *ff. de ſerv. ruſtic.* ubi ſi fundus plurium dominorum ſit, & unus ex his cedat mihi jus eundi agendi, non poteſt contra ceſſionem venire. Reſpondetur enim, in ea ſpecie unum quidem ceſſiſſe, ſed non quaſi ſolus dominus eſſet, quo caſu ceſſio contra legem eſſet, *l. ſi quis per fundum*; *ff. de evictionibus*, ſed ceſſiſſe pro parte tantum ſua, quæ ceſſio valida eſt; & de hac ſermonem haberi, patet ex illis verbis: *Poteſt ſeparatim cedi*. Valuit ergo ceſſio, propterea cedens contra factum ſuum, movere controverſiam prohibetur.

Neque etiam obeſt *l. venditor*, *ff. communia prædiorum*. Species eſt, quis duos fundos juxta maris litus habebat, unum vendidit, alterum retinuit, & venditioni eam legem dixit, ut emtor thynnos piſcari contra ſe non poſſet. Dubium fuit, an emtori, pacto non obſtante, piſcari liceret. Et Ulpianus negat, ne ſcilicet veniat contra factum ſuum, & tamen mare natura omnibus patet. Pro reſponſione dicimus, ibi ab Ulpiano duo diſtingui; primum eſt, ſi ea lex ne piſcari poſſet, dicta ſit ea mente, ut in mari ſervitus imponeretur. Et eo caſu Ulpianus docet, poſſe piſcari, licere contra factum ſuum venire, quia factum id contra legem publicam eſt. Hoc ſibi volunt verba illa: *Mari, quod natura omnibus patet, ſervitus imponi privata lege non poteſt*. Alterum eſt, ſi contrahentes id ſolum attenderint, ne de facto piſcaretur, ut in dubio præſumitur; & quia hoc contra legem non eſt, Ulpianus ait, eos venditionis lege obligari. Simili ratione, licite quis præſcribit jus, ut ſolus in diverticulo fluminis publici piſcaretur, *l. ſi quiſquam*, *ff. de diverſ. præſcript.* quamquam uſucapere diverticulum non poſſit, nec eo prætexu alium a piſcando prohibere, *l. ult. ff. de uſucapionibus*.

Hæc vera ſunt, ſi factum ſit contra legem: quod ſi præter legem ſit, non poteſt quis contra factum ſuum movere controverſiam, veluti ſi pater emancipet filium non jure, non ſolemniter, ut eſt ſpecies *l. poſt mortem*, *ff. de adoptionib.* ubi Bart.

Si uxor viro fundum æſtimatum in dotem dederit, eo pacto, ut ſoluto matrimonio uxori vir fundum eodem pretio reſtitueret, poteſt volente uxore fundus vendi; & ſoluto matrimonio poteſtas ſit viro, utrum velit pretium, vel fundum reddendi, *l. ult. ff. de pactis dotalib.* Ex qua lege etiam habetur, ſi fundus æſtimatus centum, deinde vendatur ducentis, licet conventum ſit, ut eodem pretio redderetur fundus, ducenta tamen uxori præſtanda eſſe. Covarr. *pract.* 28. *n.* 9. Hanc tamen diſpoſitionem quidam credunt exemplum habuiſſe vigente lege Julia, Cumanus in *l. ſi æſtimatis*, *n.* 3. *ff. eod.* Soccinus *conſ.* 57. *n.* 3. *lib.* 1. Barboſa ad noſtram *l.* 1. *part.* 5. *n.* 2.

II. Privilegium. Uxor non poteſt in re dotali remittere viro hypothecam: quod ſi remittat, nihil aget. Aliud eſt ſi remittat hypothecam, quam in rebus mariti obtinet, quæ remiſſio ſibi conſtat, *d. l. un.* §. *fin. C. de rei uxor. act.* ubi Juſtinianus hanc diſtinctionem adhibet ad conſtitutionem Anaſtaſianam, quæ eſt in *l. jubemus*, *C. ad Vellej.*: ubi remiſſio hypothecæ inter virum & uxorem permittitur, ſcilicet ut intelligatur non in dote, ſed in bonis viri. Ideo autem in bonis viri valet, quia remiſſio pignoris non eſt interceſſio, ut ſi facta ſit a muliere, poſſit infirmari Senatuſconſulto Vellejano: nec eſt donatio, ut ſi remiſerit hypothecam mulier, irrita fiat ex oratione Antonini, quæ donationem inter virum, & uxorem prohibet. Quare omnino licita erit, *l. quamvis in princ. ff. ad Vell. l. etiam*, & *d. l. jubemus*, C.

Digitized by Google

C. cit. tit. In ſola dote hæc remiſſio ex privilegio nulla eſt, *d. l. un. §. fin.*

III. Privilegium. Si filia a patre heres inſtituta, & fideicommiſſo rogata, non habeat legitimam, quæ ad dotem congruam conſtituendam ſit ſatis, poteſt ſine fraude fideicommiſſi ex bonis fideicommiſſo ſubjectis eatenus deducere, donec ſibi dotem congruam conſtituat. Quæ opinio communis eſt, & apud nos recepta ex Afflicto *deciſ.* 227. *&* 260. de Franchis *dec.* 241. *&* 613.

Probatur id I. ex *l. mulier* 22. §. *cum proponeretur, ff. ad Trebell.* ubi reſpondet Ulpianus, filiam rogatam, ut ſi ſine liberis deceſſiſſet, hereditatem Titio reſtitueret; reſpondet, inquam, non poſſe dici in everſione fideicommiſſi factum, ſi mulier inde ſibi detraxit, quaſi rogata ſit reſtituere, quod detracta dote ſuperfuiſſet. Cujus rei rationem ita Ulpianus reddit: *Quod & mulieris pudicitiæ, & patris voto congruebat.*

II. Ex *auth. res quæ, C. communia de legatis*, ubi apertis verbis dicitur, non licere res fideicommiſſo ſubjectas alienare, vel obligare, niſi legitima portio liberis non ſit ſatis ad dotem congruam, vel donationem propter nuptias. Quæ authentica excerpta eſt ex authentico *de reſtitutione, & ea quæ parit.*

Hæc tamen intelligunt I. Si filiæ alia bona libera non ſint; nam ſi tantos fructus ex hereditate mulier percepit, ut inde poſſit doti ſatisfieri, utique nihil ex fideicommiſſo detrahi poteſt, *d. §. cum proponeretur, in fine.* Sed ſi pater fideicommittendo expreſſe dixerit, licere filiæ pro dote fideicommiſſum minuere, eo caſu etiam exſtantibus aliis bonis liberis poteſt fideicommiſſum pro dote diſtrahi, ne verba teſtatoris vana ſint, *Marin.* 2. *reſol.* 16. Idipſum de donatione propter nuptias dictum eſto.

II. Ut locum non habeant, ſi filia ſine dote nupta ſit: quippe Ulpianus in *d. §. cum proponeretur*, nominatim ait, mulierem nubendo, marito dotem certæ quantitatis dediſſe. Ita nec locum habent pro eo quod intereſt dotis, Alex. *conſ.* 56. Aretin. *conſ.* 37.

III. Ut procedant in filiis, ſive etiam liberis, non in aſcendentibus, aut collateralibus, & multo minus in extraneis fideicommiſſo gravatis; quippe in *d. §. cum proponeretur*, filiæ mentio eſt: & in *d. auth. res quæ*, liberorum, Peregrinus *de fideicomm. art.* 42.

Nihil tamen horum Antonio Fabro arridet, qui 8. *conject.* 12. docet, res fideicommiſſo ſubjectas nunquam pro dote poſſe diſtrahi, etiam filiæ legitima ad dotem congruam ſatis non ſit. Nempe quia pater teſtando, ubi legitimam filiæ reliquit, de reliquo ſuo patrimonio poteſt, prout liber, diſponere, §. *aliud quoque, auth. ut cum, de appellatione.* Quocirca ſi pater filio minus legitima reliquerit, iſte non niſi ad ſupplementum aget condictione ex *l. quoniam in prioribus, C. de inoff. teſtam.* Ergo cum pater filio, vel filiæ legitimam reliquit, nihil ex fideicommiſſo eſt detrahendum, ne alioqui videatur pater non ad legitimam, ſed ad dotem congruam adſtrictus.

Ex hac tamen regula excipit Faber, cum teſtatoris voluntas in contrarium urget, ut eſt in caſu ſingulari adducto ab Ulpiano in *d. l.* 22. §. *cum proponeretur*, ubi fuit filia fideicommiſſo rogata non ſimpliciter, ſed ſub conditione, *Si ſine liberis deceſſiſſet.* Ex qua conditione tacita patris voluntas fuiſſe videtur, ut filia matrimonium contrahat ad liberos ſuſcipiendos pro excludendo fideicommiſſario; quamvis enim ſine matrimonio liberi ſuſcipi poſſint, id tamen neque patris voto congruit, neque pudicitiæ mulieris, ut Ulpianus notat. Ad matrimonium autem facilius contrahendum dos exigitur, quam nullam filia in ſpecie Ulpiani habebat, ut quæ rogata erat hereditatem reſtituere; tempore enim Ulpiani etiam legitima poterat gravari, & reſtitutioni ſubjici, *d. l. quoniam in prioribus.* Et hinc patet, quid primo argumento adverſariorum reſpondendum ſit.

Supereſt, ut ſecundo ſatisfaciamus, quod deducebatur ex *auth. res quæ, C. communia de legatis*, quæ authentica Juſtiniani non eſt, ſed Codici inſerta ab Irnerio, qui eam quidem excerpſit ex Juſtiniano in *auth. de reſtitutione, & ea quæ parit*, ſed non ex fide; alia enim eſt ſententia Authenticæ; alia authentici; quippe Juſtinianus privilegium imminuendi injunctum fideicommiſſum filiæ, vel filio, conceſſit non in caſu conſtitutionis dotis, vel donationis propter nuptias, nec in omni reſtitutione, ſed in ſpecie ſingulari, cum nimirum filiusfam. patre vivo uxorem duxit, & dotem accepit, & ad donationem propter nuptias ſe obligavit: deinde pater in ultimis conſtitutus ſolam filio reliquit, ceterumque patrimonium fideicommiſſo

ſub-

ſubjecit. Ex quo nurus moriente marito, non poterat ſibi facere ſatis in ſola legitima, quam ei pater reliquerat. Hoc quidem caſu Juſtinianus ſancit, fideicommiſſum poſſe diminui; nam cum filiusfam. dotem accipit, & ad antiphernam ſe obligat, vivo & conſcio patre, id omne debitum patris videtur, qui proinde non poteſt fideicommittendo fruſtrari nurum.

Itaque authentica Irnerii non conſonat Juſtiniano, & parvi facienda eſt. Nec hæc eſt nova de Irnerio, quod jura Novellarum non ubique fideliter tranſcripſerit. Ipſe quoque Accurſius in *auth. ceſſante*, *v. proximo gradu*, *C. de legit. heredib.* & in *auth. defuncto*, *v. ubi nullo C. ad Tertull.* de hac incogitantia Irnerium accuſat. Zaſius quoque *conſ.* 4. *num* 7. *lib.* 1. ait, non curandum de *auth. poſt fratres* 2. *C. de legit. hered.* ſed videndum eſſe, quid corpus authenticum velit. Henricus Bocerus 1. *de homicid.* 3. *num.* 155. *& ſeq.*

IV. Privilegium. Dos licet donatio ſit, tamen ex privilegio non inſinuatur, quamvis excedat ſummam 500. aureorum, etiamſi extraneus, id eſt, qui mulierem in poteſtate non habet, dotem det; quippe eam maritus accipit recte, nulla facta in actis publicis inſinuatione, *l. ult. C. de jure dotium*. Olim tamen ſi extraneo dotem pro mulieri danti animus fuiſſet donandi mulieri (quem animum videtur habuiſſe, ſi eam dotem ſibi non receperit in caſum ſoluti matrimonii) ea donatio, ſi exceſſiſſet ſummam, non valebat, niſi inſinuata fuiſſet. Quod Juſtinianus ſuſtulit in *d. l. ult.* §. *ſancimus*, ſtatuitque donationem ab extraneo factam mulieri dotis conſtituendæ gratia, ſi eam ſibi extraneus non receperit, non indigere inſinuatione.

Secus eſt in donationibus propter nuptias, quæ ſi excedant ſummam a legibus præfinitam, non valent ſine actorum ſeu monumentorum inſinuatione & ſcriptura, niſi fiant mulieribus minoribus 25. annorum, *l. minoribus C. de donat. ante nuptias*, *d. l. ult.* §. *ſimili*.

V. Privilegium. In venditione non conceditur reſciſſio, niſi venditore læſo ultra dimidium juſti pretii: quo caſu electio datur emtori, ut rem reſtituat pretio recepto, vel ut ſuppleat, quod juſto pretio, *l.* 2. & *l. ſi voluntate* 8. *C. de reſcind. venditione*. Et ratio facit, licet non ſit lege comprehenſum, ut emtori etiam ſubveniatur, ſi dimidio pluris emerit, eadem electione data venditori, ut vel pretium reddat, quod accepit, & rem accipiat, vel ut quod ſoluto pretio ſupereſt, reſtituat, *l.* 1. §. *ſi quod in fraudem ff. ſi quid in fraudem patroni*. Vide Harm. 3. *Prochiri* 3. & Cujacium in *d. l.* Ob aliam læſionem, quæ ſit citra dimidium juſti pretii, actio non conceditur, ne commercia turbentur, & Reſpublica perpetuis litibus affligetur; nam emtor votum habet comparandi quam minimo poteſt, venditor diſtrahendi quam maximo; & plerumque diu inter ſe de pretio diſceptant, ante quam conſentiant, ut notatur in *d. l. ſi voluntate*. Hæc media non improbantur, *l. res bona ff. de contr. emt.* & poſt D. Thom. tradit Sotus 6 *de juſtit. & jur. qu.* 2. *art.* 3.

Non ita ſe res habet in dote æſtimata, in qua licet emtio venditio contrahi intelligatur, ut vir ſit emtor rerum, quarum deinde pretium pro dote retinet, *l. plerumque*, §. *ſi ante ff. de jure dotium*, *l. quoties*, *C. cit. tit.* tamen quæcumque læſio attenditur, quamvis citra dimidium pretii juſti: idque ſive læſa ſit uxor, quæ vendit, ſive vir, qui emit, *l. jure ſuccurſum*, §. *fin. ff. de jure dotium*, Afflict. *decif.* 270. *num.* 3. Cujac. 17. *obſ.* 1. *ad finem*. Si in æſtimationis modo læſa ſit uxor erit arbitrium mariti, utrum juſtam æſtimationem, an potius rem præſtet. Vide Ulpianus in *l. ſi res æſtimata*, §. 1. *ff. de jure dotium*.

Ex hac diſparitate conſtat, aliam bonam fidem locum habere in emtione, & venditione, aliam in dote æſtimata. Quippe duplex bona fides eſt: una ſecundum merum jus naturale, & gentium, altera temperata præceptis civilibus, & prætoriis. Exemplum eſto: Reus capitalis judicii depoſuit apud te centum, is deportatus eſt, bonis publicatis. Ex bona fide ſecundum naturale jus, & gentium, ei, qui depoſuit, centum reſtituenda ſunt. At ex temperamento legis civilis in publicum deferenda ſunt. Quod magis in hac ſpecie fieri debet: *nam male meritus publice, ut aliis exemplo ad deterrenda maleficia ſit, etiam egeſtate laborare debet*, ut verba ſunt Tryphonini in *l. bona fides*, *in princ. ff. depoſiti*. Itaque cum in dote æſtimata ob quamcunque læſionem ſuccurratur ei, qui læſus: in emtione & venditione non niſi ob læſionem ultra dimidiam partem juſti pretii; inde fit, ut in dote æſtimetur bona

fides

Digitized by Google

fides ad merum jus naturale & gentium, in reliquis emtionibus & venditionibus æſtimetur cum præceptis civilibus & prætoriis; ut recte notat Barboſa in *rubr. hujus tit. part.* 4. *n.* 25.

VI. Privilegium. Ceſſat Senatusconſultum Vellejanum, ſi mulier pro dote filiæ res ſuas genero obligavit, ut ex prudentum ſententia receptum eſt, *l. ſi dotare*, *C. ad Vellejan.* Loquitur lex de filia, ſed idem eſt, ſi mulier pro alterius feminæ dote ſe obligaverit, ex *l. ult. C. cit. tit.* Loquitur etiam de dote conſtituenda, ſed receptum eſt idipſum, ſi pro dote reſtituenda intercedat, Baldus Novell. *de dote part. 6. priv.* 12.

Verum quod attinet ad *d. l. ult.* verius eſt, in ea nullum dotis privilegium a Juſtiniano induci, ſed tantummodo generalem conſtitutionem ex receptis juris regulis; ſancitur enim generaliter, ut ſi quis major 25. annis ſive maſculus, ſive femina dotem pollicitus ſit, vel ſpoponderit pro qualibet muliere, compellatur liberalitatem ſuam complere. Ex quibus conſtat, nullum ſermonem haberi de interceſſione pro dote, ſed de principali obligatione, cum quis ſcilicet ſpondet, vel pollicetur dotem pro muliere nubente; quo caſu dos donata cenſetur, *l. un.* §. *accedit*, *C. de rei uxor. act.* interceſſio autem, & non donatio ad Senatuſconſultum Vellejanum pertinet, *l.* 4. *ff. ad Vellejan.*

Et quod ſermo non ſit de interceſſione, patet ex illis verbis, *ſive maſculus*, *ſive femina*; quippe Senatuſconſultum Vellejanum non maſculis, ſed feminis ſuccurrit. Quod vero donatio ſit, patet ex illis, *liberalitatem ſuam oſtendit*, quod liberalitatis nomen donationi convenit, *l.* 1. *ff. de donationibus*. Ita recte Ruinus in hac *l.* 1. *num.* 90.

Illud ergo tantum in *d. l. ult.* ſpeciale eſt, quod obligatio dotis ſubſtinetur, & actionem parit. Quod ante Juſtinianum conſtituerant Theodoſius Junior, & Valentinianus III. in *l. ad exactionem*, *C. de dotis promiſſione*. Unde fit, *d. l. ult.* ſub alieno titulo locatam eſſe; vel enim pertinet ad *dict. tit de exactione dotis*, vel ad *tit. de pactis conventis*, quando in *C.* nullus *de pollicitationibus* titulus exſtat. Cujuſmodi leges plures in toto corpore juris reperiuntur, & *fugitivas* DD. appellant.

VII. Privilegium. Stipulatio alteri facta non obligat, niſi is, in cujus favorem convenit, ſibi dari, aut fieri ſtipuletur, quamvis qui alteri ſtipulatur, mater ſit, aut alius aſcendens, qui liberos in poteſtate non habeat. Idipſum eſt de pacto, *l. Seja*, *in princ. ff. de mortis cauſa capionibus*, *l. pactum C. de pactis conventis*, ubi mulier cum viro convenit, ut ea mortua dos filiis emancipatis reſtitueretur. Nec filii reſtitutionem a patre ſtipulati ſunt: mortua matre dotem petere nequeunt.

Reſtringitur hæc regula favore dotis, ex *l. Cajus*, *ff. hoc tit.* quippe avus ibi maternus dotem nepti conſtituens ſtipulatus eſt, ſoluto matrimonio dotem nepti reſtitui. Paulus ait, permittendum eſſe nepti ex hac avita conventione, ne commodo dotis defraudetur (in P.F. eſt defendetur) utilem actionem habere: *Favore enim nuptiarum*, *& maxime propter affectionem perſonarum*, *ad hoc decurrendum eſt*.

Idipſum locum habet gratia libertatis, cujus favor maximus in jure eſt; nam ſi ſervus donetur ea lege, ut vindicta manumittatur, ex conventione ſervo libertas præſtari debet, *l. qui Romæ*, §. *Flavius*, *ff. de verb. obligat.*, id eſt ſervus ipſe contra donatarium agere poteſt, ut ſibi libertas præſtetur; nam cum ſervis cauſa libertatis eſt judicium, *l. vix ex certis in fine*, *ff. de judiciis*. Locum pariter habet in depoſito, quod tantum in fide conſiſtit; nam ſi quis res ſuas depoſuit hac lege, ut hæ reſtituerentur tibi, ex hoc pacto tibi datur actio depoſiti, *l. Publia*, *ff. depoſiti*. Locum tandem habet in donatione: veluti Titius prædium Sempronio donavit, ut id poſt tempus decennii reſtituat Cajæ, Diocletianus ſtatuit, Cajæ etiam non ſtipulanti utilem actionem juxta donatoris voluntatem competere, quamvis de jure veteri ſecus fuerit, *l. quoties*, *C. de donationibus quæ ſub modo*.

Sed hic plura notanda ſunt. I. Ei, qui in his caſibus alteri ſtipulatur, tribui pariter actionem contra promiſſorem, ut modum, vel legem dictam impleat, *d. l. qui Romæ*, §. *Flavius*.

II. Actionem, quæ præſtatur ei, cui quis ſtipulatur, eſſe actionem utilem, *d. l. quoties*, id eſt perſonalem præſcriptis verbis, ut ex ſententia Eudoxii Græci Scholiaſtis refert Theodorus *lib.* 47. *Baſilicon tit.* 1. *l.* 52. Et ratio eſt, quia huic, cui juſſum eſt dari, vel fieri, quæritur actio ex negotio geſto inter con-

contrahentes . Conſtat autem ex negotio nonniſi perſonalem actionem oriri . Quare fallitur Philippus Decius , qui eam utilem actionem in rem eſſe putavit. Vide Covarr. 2. *reſol.*14. *a n.*3. *ad* 7. Giphan. in *d. l. quoties a n.*5. *ad* 11.

III. Stipulatorem ex pœnitentia poſſe hanc legem, ut quid alteri detur, vel fiat, revocare, invito, vel ignorante eo, cui dari, vel fieri juſſum fuerat , Bart. Alciat. & Duarenus in *d. l. qui Romæ* , §. *Flavius* . Et probatur ex *l. ſi quis*, *ff. de ſervis exportandis*, & ex *l.* 1. C. *ſi mancipium ita fuerit alienatum*; ubi lex dicta venditioni, vel donationi ſervi, remitti poteſt : veluti vendo , dono tibi Stichum, ut poſtquam decennio tibi ſervierit, eum manumittas. Non completo decennio, licet me pœnitere, eamque manumiſſionis conditionem emtori, vel donatario remittere . Vide latius ſupracitatos DD. qui reſpondent ad textus in *l.* 1. *ff. qui ſine manumiſſione*, & in *l. ſi cum fundum ff. de pactis*. Vide etiam Cov. & Giph.

IV. Quamvis textus in *d. l. Cajus* loquatur de avo materno, cum tamen DD. extendere ad alios omnino extraneos, qui mulieri ſtipulentur, Bald. Novell. *de dote part.* 6. *priv.* 28. Verum Faber *ibidem* id ſolum procedere docet inter cognatas perſonas, de quibus ſolum Paulus loquitur , qui non in ſimplici dotis favore nititur, ſed maxime in affectione perſonarum.

VIII. Privilegium eſt , ut in dote res, ſuccedat loco pretii, & pretium loco rei, ſi hoc mulieri utile ſit, *l. ita conſtante*, *ff. de jure dotium*. Puta maritus pecunia , quam recepit in dotem, emit prædium, prædium fit dotale: quod ſi a contrario prædium in dote fuit, eo vendito, pecunia eſt dotalis . Concordat textus in *l. res quæ*, *l. ſi ex lapidicinis ff. cit. tit. l. ſi mulier dotis*, *l. cum maritus*, *in princ. ff. de pactis dotalibus*.

Obſtare videtur textus in *l. ex pecunia*, *C. de jure dotium* , *l. fin. C. de ſervo pignori dato*, ubi fundus ex pecunia dotali comparatus, non eſt dotalis. Reſpondet Accurſius diſtinguendo, ut tunc demum res, vel pecunia dotalis fiat, ſi hoc actum eſt inter virum, & uxorem, id eſt, ſi ita convenit, aut ſi factum eſt nomine uxoris, ſecus non. Quod a Doctoribus communiter receptum eſt.

Si ex pecunia redacta ex venditione rei dotalis immobilis, emta deinde ſit res mobilis, licet hæc illius vicem ſubeat , tamen non ſtatim, ſed poſt annum ſoluto matrimonio reſtituenda eſt, Rom. *ſingul.* 228. Urſillus ad Afflictum *dec.* 276.

Majus eſt pupilli & minoris privilegium; nam ſi tutor, vel curator pecunia ejus, cujus negotia adminiſtrat , prædia emat , quamvis in ſuum nomen, datur pupillo, vel minori utilis reivindicatio, *l.* 2. *C. quando ex facto tutoris*. Majus etiam eſt militis, ex cujus nummis res ab alio emta ſuo pariter nomine, poteſt utili actione reivindicari, *l. ſi ut proponis C. de rei vindic.*

His exceptis caſibus, regula in contrarium eſt, ut res nummis meis emta, mea non fiat, ſed ejus , qui emit, *l. ſi patruus* , *C. communia utriuſque judicii*, *l.* 1. *C ſi quis alteri vel ſibi*. Itaque res non ſuccedit in locum pretii, nec pretium in locum rei : quare nummus redactus ex pretio rei furtivæ, non eſt furtivus, *l. qui vas* , §. *ult. ff. de furtis*.

Hinc ſi quis ex nummis apud ſe depoſitis rem emat, licet furtum ita utendo nummis committat, deponens tamen in rem emtam, nec dominium, nec hypothecam acquirit, *l. ſi ex ea*, *C. de rei vindic.*

Hinc etiam res ex uſuris emta, uſurarii eſt, non ejus a quo uſuræ expreſſæ ſunt, D. Thom. 2. 2. *q.*78. *art.*3. Abbas in *cap naviganti*, *in fine*, *de uſuris*, Leotardus *de uſur. qu.* 97.

Innumera alia dotis privilegia congerunt DD. qui nullo jure probantur; meminiſſe enim oportet privilegium nullum eſſe , niſi jure ſit expreſſum, DD in *l. jus ſingulare*, *ff. de legib.* & in *cap.* 1 *de privilegiis*, Turaminus in *l. non puto part.* 1. *cap.* 2. *ff. de jure fiſci*. Quocirca recte Ripa, Alciatus, Decius , & Bolognetus hic docent , textum Pomponii in noſtra *l.* 1. non habere locum, niſi tantummodo in cauſis a lege expreſſis , aut ſaltem in cauſis ambiguis, *l. in ambiguis* 86. *ff. de reg. jur.*

De diviſione fructuum dotis, ſi non finito anno matrimonium ſolvatur ad l. fructus 7. §. Papinianus, *ſive ad* l. divortio, ff. eodem.

FRuctus percepti ante nuptias , veluti cum traditio fundi inæſtimati antiquior eſt nuptiis, augent dotem, & reddendi ſunt quan-

Digitized by Google

quandoque matrimonio ſoluto, quaſi dotales, *l. ſi ante 6. ff. eod. l. dotis fructus*, §. 1. *l. ſi ſervo in dotem*, *ff. de jure dotium*. Quod ſi ſponſus eos fructus impendit quaſi ſuſtinens onera futuræ uxoris, ei ſuccurritur, ne reſtituat, ut docet Azo, & ex lege municipali Bononiæ ſervari memorat Accurſius in *d. l.6. v. quaſi dotis*, & colligitur ex *l.in Inſulam* §. 1. *ff. eod.* ubi in matrimonio, quod putativum dicitur, fructus ex prædiis, quæ in dotem data eſſe videbantur, bona fide perceptos, & in mulieris oneribus abſumtos, peti non poſſe placuit.

Rurſus fructus percepti ex prædiis dotalibus poſt ſolutum matrimonium pariter augent dotem, nec cedunt lucro mariti. Quare ſi uxor poſt matrimonium fundum dotalem ſine his fructibus recepit, nihilominus de dote age poteſt, quaſi minorem dotem recepiſſet, *l. ſi marito*, §. *ult. ff. eod.*

E contrario fructus percepti conſtante matrimonio maritus lucratur pro oneribus matrimonii, *l. dotis fructus*, *ff. de jure dotium*, *l. pro oneribus*, *C. eit. tit.* Hi ergo tantummodo fructus in diviſionem veniunt inter virum & uxorem, qui percipiuntur extremo anno, quo matrimonium ſolvitur, ſcilicet cum ſolvitur non finito anno. Et regula his verbis a Juſtiniano concipitur: *Noviſſimi anni, in quo matrimonium ſolvitur, fructus pro rata temporis portione utrique parti debent aſſignari*, *l. un.* §. *cumque C. de rei uxor. act.* Idipſum habetur in *d. l. ſi marito* §. *ult. l. ſi alienum ff. eod. l. cum in fundo* §. *divortio ff. de jure dotium*. Exemplum eſto: Noviſſimo anno matrimonium ſtetit tribus menſibus tantum, cum forte vir & uxor una ſtetiſſent per quinquennium ſolidum. Quinquennii fructus lucratur integros vir pro oneribus matrimonii. Extremi anni fructus omnes, tum qui percepti ſunt tribus prædictis menſibus, tum qui percipientur in ſequentibus novem; hi, inquam, omnes ſimul collecti, & in unam ſummam redacti, dividuntur pro ratione temporis, quo matrimonium ſtetit, & maritus fert quadrantem, uxor dodrantem: id de maritus quartam, quia quarta parte tantum ejus anni ſuſtinuit onera matrimonii; uxor feret tres quartas, niſi aliud convenerit, *l. pen. ff. de pactis dotalibus*.

Ubi notemus, oportet, annum dupliciter poſſe ſumi, vere, & ficte. Vere eſt numerus 365 dierum, ordiendo juxta vulgarem receptum morem a Kalendis Januarii: & in biſſexto biduum pro uno die ſumitur, id eſt die 24. & 25. Februarii *l. 3.* §. *minorem ff. de minoribus*. Ficte continet totidem dies, qui computari incipiunt ab eo die, quo res geſta eſt, ut cum dicimus prætorias ſtipulationes intra annum proponi debere, id intelligendum non a Kal. Januariis, ſed ab eo die, quo actio competere incipit. Ita quoque eſt in ſtipulatione annua, in computatione ætatis, *d.* §. *minorem*.

In diviſione fructuum dotis annus orditur, vel a die nuptiarum, ſi fundus traditus ſit ante nuptias; vel a die traditi fundi, ſi traditus fundus ſit poſt nuptias, *l. de diviſione*, & *l. ſeq. ff. eod.* nam fructus a marito ante nuptias percepti augent dotem: at vero fructus, qui ab uxore poſt nuptias percipiuntur compenſantur cum uſuris, ſi quidem debeantur; ſin minus, ſibi imputet maritus, ſi prius pro traditione dotis non egit. Quocirca ſi ponas matrimonium initum Kal. Januariis, & fundum dotalem traditum viro ſuprema die menſis ſequentis; ſoluto deinde matrimonio pridie Kal Maji, vir ſextantem fructuum feret, quia poſt traditum fundum ſtetit matrimonium duobus tantum menſibus, uxor vero dextantem, quia decem menſes innupta manet; nulla in hac re ratione habita menſium Januarii, & Februarii, qui traditionem fundi præceſſerunt, ut infra in quæſtionibus.

Quod ſi bis uno anno fructus colligi contingat, ut in agris irriguis, annus in duos ſcindetur, attenta collectione fructuum. Propterea ſi primi fructus intra ſemeſtrem colligantur, is ſemeſtris pro anno computabitur; & ſequentes ſex menſes, quibus alii percipiuntur, pro novo anno habebuntur, ut in noſtra *l. divortio*, §. *quod in anno*. Hinc ſi uxor ad ſeptimum menſem diem ſuum obeat, fructus primo loco collectos maritus integros lucrabitur, non ſecus quam ſi anno ſolido matrimonium duraſſet: fructus vero ſecundi in diviſionem venient ſic, ut maritus lucretur unciam pro uno menſe. Joſeph Ludovicus *dec.79. num.19.* Turaminus hic *cap. 4. n.12.*

Non diſſimiliter in ſylvis cæduis, quæ ad quindennium renaſcuntur, quindennium pro anno computabitur, *d* §. *quod in anno.* Et matrimonio per quinquennium manente, vir ex fructibus ſylvæ ceduæ conſequetur trien-

trientem, uxor beſſem.

Quod diximus de anno ſecto in duos ob duplicem fructuum collectionem, verum eſt, quando collecti novi fructus, & alii de novo feruntur; tunc enim videntur fructus duorum annorum. Quod ſi fundus in uno anno duplices fructus ferat, qui ſimul creſcant, licet diverſis temporibus colligantur, ut ſi ferat meſſem, & vindemiam, hi omnes fructus pro hortis habentur, & dividuntur pro rata parte anni, qui duodecim menſibus conſtare intelligitur, *l. ſi fundus* §. *ult. ff. eod.* Quod ſi in eodem fundo primo feratur triticum, & eo collecto, feratur deinde milium, adhuc annus ſcindetur in duos; quamvis repugnet Bartolus, Jaſon, & Alexander hic *d.* §. *quod in anno*, moti ex eo, quod milium ſeritur, ut fundus pingueſcat pro tritico ferendo.

Et hæc quidem in inſtituenda diviſione fructuum dotis generalia ſunt: neque in his ulla occurrit alicujus momenti difficultas. Arduum vero opus eſt, ſi contingat facta prædii dotalis locatio, ubi quædam ſpecialia ſunt, & aliis noſtri juris regulis pendentia, de quibus agitur in noſtra *l. divortio*, *cum duobus* §§. *ſeqq.* quæ nunc explicanda ſuſcipiemus.

Itaque ſtatim initio regulam ita Papinianus concipit: *Divortio facto fructus dividi ait, non ex die locationis, ſed habita ratione præcedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit.* Difficultas erat, quoniam ex quo die locatio inita eſt, novus annus orditur, qui finitur vertente locationis die, alia ſcilicet die, quam annus matrimonii finit. Exempli gratia, prædium datum eſt in dotem Kal. Octobris, quod vir locavit Kal. Novembris primis: annus locationis non exit, niſi pridie Kal. Novembris anni ſequentis, uno menſe ſerius, quam fuit abſolutus annus matrimonii. Quæ ſciſſio anni in duos gratia locationis abſurda eſt, quia omnes fructus percepti ante locationem, tanquam fructus anni prioris, relinqueret integros viro. Et hoc eſt, quod vult Papinianus hic illis verbis: *Alioquin ſi collectis vindemiis, altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit.* Quod eſſe abſurdum nemo non videt. Adde in ambiguo eſſe, quæ pars viro ex mercede locationis tribuenda eſſet; nam ſi ponas matrimonium ſolutum menſis Januarii ſuprema die, & quadrantem viro tribuendam dicas, videris plus juſto dare, quia quadrans iſte mercedis eſt quarta pars anni locationis, qui annus exibit uno menſe ſerius anno prædii in dotem dati. Augetur difficultas ex eo, quia fieri poteſt, ut colonus, qui conduxit prædium, exempli gratia, duodecim nummis, eam ſummam præſtet ob ſpem vindemiæ, quæ colligetur menſe Octobris, id eſt, poſt completum nuptiarum, & prædii dotalis annum, alioqui conducturus multo minoris. Si ergo viro quadrantem mercedis dabis, fortaſſe plus juſto accipiet. Alio caſu aliquo e diverſo fieri poteſt, ut minus juſto accipiat, ut facile conſideranti patebit.

Eædem anguſtiæ occurrent ſi ex locatione ſumamus deuncem, eo colore, quia eo Kal. Novembris, id eſt ex die locationis, ad finem anni prædii in dotem dati, undecim interſunt menſes. Et, ex ea deunce in aſſem redacta, trientem viro præſtemus, quia matrimonium conſtitit quatuor menſibus, quot numerantur a Kal. Octobris ad ſupremam Januarii diem.

Viſum eſt ergo Papiniano regulam ita ſtatuere, ut caput anni locationis retrotrahatur ad initium anni, quo prædium in dotem datum eſt: ſive (quod perinde eſt) ut habeatur ratio temporis, quod locationem præceſſit, id eſt, temporis, quod inter locationem, & diem dati prædii interjacet. Ita enim annus per locationem non ſcinditur. Verum quia tempus interjectum fieri poteſt ut fuerit ſterile; fieri etiam poteſt, ut fuerit fertile; ideo Papinianus duos principales caſus examinat, quibus deinde tertium addit.

De primo Caſu.

HIc eſt initio noſtræ legis. Species ita ſe habet: Mulier pendente vindemia, Kal. Octobris vineam dedit in dotem; mox vir, lecta uva, ex Kalendis Novembris primis eundem fundum locavit, & ſolutum eſt divortio matrimonium pridie Kal. Februarii. Atque ita ſtetit matrimonium quatuor menſibus. Quæſitum eſt, quemadmodum fructus ejus anni dividendi ſint inter virum, & uxorem. Quæſtionem his verbis Papinianus ſolvit: *Vindemiæ fructus, & quarta portio mercedis inſtantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.*

Hæc verba velut ſeminarium litium inter DD. fuere, qui in varias ſententias ſciſſi ſunt,

Digitized by Google

ſunt, maxima ex parte ineptas. Duæ præcipuæ ſunt, altera Cujacii, qui eam a Joanne Buteone Mathematico accepit; altera Duareni, cui adhæſit longa verborum ambage Alexander Turaminus. Utramque proponemus.

Itaque Cujacius 14. *obſ.* 22. omnes vindemiæ fructus accipit, at ex mercede locationis nonniſi quartam partem. Hæc confundit, & in unam ſummam colligit; hujus ſummæ tertiam portionem viro impertitur, reliquas duas tertias uxori: impertitur etiam uxori reliquum mercedis dodrantem.

In qua Cujacii diſtributione geometrica proportio ſatis apte obſervata videtur; quoniam enim matrimonium ſibi conſtitit quatuor menſibus, id eſt anni triente; ergo ſi fructus vindemiæ ſunt 24. viro non amplius 8. id eſt triens debetur: quare ſicut 12. menſes triplam habent ad 8. nummos. Præterea ut mulier eſt innupta 8. menſibus, nupta 4. quæ eſt ratio dupla: ita ipſa lucratur 16. nummos, vir 8. quæ itidem ratio dupla eſt.

Nec aliud eſt de mercede locationis, ex qua ideo accipitur quadrans, quia matrimonium a locatione tribus menſibus duravit. Quoniam vero matrimonium quatuor anni menſes ſtetit, ideo ex iſto quadrante ad aſſem redacto, triens debetur marito, bes uxori. Et erit eadem, quæ ſupra, proportio. Pone ergo in locatione 12. quadrans erunt 3. Hujus triens, id eſt, unum viro dimittetur.

Quocirca, ut concludamus, quia matrimonium tertia parte anni duravit; vir tum ex fructibus vindemiæ, tum ex fructibus locationis (ideſt trium menſium) trientem deducet, id eſt vindemia 8. ex locatione unum.

Plura tamen ſunt, quæ objiciuntur contra Cujacium a Turamino hic *cap.* 2. quæ vaniſſima ſunt, nec confutari merentur. Illud ſolum maxime obeſt Cujacio, quod Papinianus in principio notatæ *l. divortio* docet, viro amplius relinquendum, quam ſit quadrans locationis; ait enim fructus non dividi ex die locationis, ſed habita ratione præcedentis temporis, ut mox etiam dicemus. Cujacius tamen ſemper eum locationis quadrantem diminuit, tantum abeſt, ut augeat; ſemper enim ex quadrante ſumit tertiam partem, & hanc tandem viro dimittit.

Proponamus modo ſententiam Duareni hic. Hic ergo quartam partem mercedis ex locatione ſumit, ut jubet Papinianus: At fructus vindemiæ non ſumit omnes, ſed partem duodecimam, quæ confuſa cum quarta mercedis, tertiam viro tribuendam conficit. Ita ſcilicet: Sint in vindemia 12., in in locatione etiam 12. Tres accipit de locatione, 1. de vindemia. Hæc 4. ſimul juncta viro dimittit pro quatuor menſibus, quibus matrimonium ſtetit. Hanc dicit eſſe tertiam locationis.

Fundamentum, quo nixus eſt Duarenus, totum eſt in illis Papiniani verbis: *Divortio facto fructus dividi ait, non ex die locationis, ſed habita ratione præcedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit*. Quibus Papinianus ſatis oſtendit, facta locatione in curſu noviſſimi anni, quo matrimonium ſtetit, non eam ſolum mercedis portionem tribuendam viro, quæ durante matrimonio decurſa eſt, ſed ampliorem; & propterea in præſenti tempore augendam ex fructibus præcedentis vindemiæ. Itaque quadrans mercedis eſt ſemper augendus ex vindemiæ fructibus: unde fit, ut ſemper quoque integer iſte quadrans viro dimittendus ſit, addita aliqua vindemiæ portione, quæ portio erit duodecima, id eſt unum; nam quadranti mercedis unum deeſt, ut æquet trientem mercedis. Præterea non immerito ex vindemia ſumitur duodecima, quia lecta eſt intra ſpatium unius menſis, qui eſt duodecima pars anni.

Tria tamen ſunt, quæ hanc Duareni expoſitionem infirmant. I. Quia unum annum ſcindit in duos, ut palma eſt ex eo, quod ex vindemia duodecimam ſumit, quaſi ex locatione novus annus ordiendus ſit. Quæ ſciſſio, ut vidimus, repugnat tum Papiniani verbis, tum etiam rationi, quia ſolum anni noviſſimi fructus dividuntur inter virum, & uxorem.

II. Quia Papinianus ſumit vindemiæ fructus: At Duarenus non accipit, niſi duodecimam. Nec eſt, quod cum Turamino dicas, a Papiniano haberi, ſumendos eſſe fructus *inſtantis anni*, inſtantem verò annum quod attinet ad vindemiam, non eſſe niſi partem ejuſdem duodecimam; nam ita Turaminus primo duos diſtinguit annos; deinde non advertit, a Papiniano dici, *vindemiæ fructus., & quarta portio mercedis inſtantis anni*: quæ verba oſtendunt, & annum eſſe unum

unum tam in quantum ad vindemiam, quam reſpectu mercedis, & inſtantem annum currentem. Et quidem latine *Inſtans annus* eſt, qui currit, quia adhuc durat, non qui præteriit. Quæ ſciens Duarenus, vir linguæ latinæ peritiſſimus, non veritus eſt palam profiteri, ſuam opinionem cum Papiniani verbis pugnare.

III. Duareni calculus non ſemper tribuit tertiam mercedis marito. Nam licet in jam appoſito exemplo quatuor nummi, id eſt tres ex locatione, unus ex vindemia, conficiant trientem mercedis, quæ erant 12. tamen in aliis exemplis vel ab ipſo Turamino productis, id non accidit, quamvis Turaminus ob ſummam arithmeticæ imperitiam ſecus opinetur hic *cap.* 3. Ponamus enim vindemiam æſtimatam 24. locationem factam nummis 12 Juxta computationem Duarenianam Turaminus deſumit ex locatione 3. ex vindemia 2. ita ꝑ præſtat marito. Et tamen iſta 5. non conficiunt trientem locationis. Quod ſi vice verſa fingamus in vindemia eſſe 12. in locatione 24., accipit ex locatione 6. nummos, ex vindemia 1. quæ ſimul juncta conficiunt 7. At 7. eodem modo longe aberrant a triente locationis.

Ex hactenus diſputatis manifeſtum arbitror neutram ex his ſententiis Cujacii, & Duareni facile recipi poſſe; nulla enim ſcrupulo caret.

Itaque ut ex hoc labyrintho evadamus, alia omnino via ineunda eſt. Et ſane quam facillime omnes ambages, & tricæ vitantur, ſi in Papiniani verbis adverbium *Ut* accipiatur pro *Ita ut*, quod a Latinis Auctoribus ſæpiſſime ob elegantiam fit, ut in *l. licet in prædiis*, *ff. in quib. caſib. pignus*, & alibi ſæpe. Sic ergo verba Papiniani concipiamus: *Vindemiæ fructus, & quarta portio mercedis inſtantis anni, ita confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.* Ita locutus eſt Terentius, *Andria*:

Tum illa, ut conſuetum facile amorem cerneres,
Rejecit ſe in eum flens quam familiariter.

Plautus *Pœnulo*.

. . . . *Olent*,
Salſa ſunt, tangere, ut non velis.

Horatius *lib.* 1. *Sat.* 1.

. . . . *Dives*.
Ut metiretur nummos . . . .

Senſus jam planus eſt, & facilis; quoniam enim viro non quadrans locationis tribuendus eſt, licet a die locati fundi tribus menſibus matrimonium ſteterit, ſed triens dimittendus eſt pro omnibus quatuor menſibus a prædio tradito lapſis; propterea fructus vindemiæ confunduntur cum quarta parte mercedis non quomodocumque, ſed ita hactenus, ut fiat tanta pecuniæ ſumma, quæ æquet tertiam portionem mercedis. Nam verius ſenſit Duarenus verba illa: *Tertia portio*, referenda eſſe ad mercedem, non ad ſummam collectam ex fructibus vindemiæ, & ex quarta portione mercedis, quod facit Cujacius. Exempli gratia, ſint in mercede locationis 12. aut 24., quadrans erunt 3. aut 6., deſunt ad trientem 1. aut 2., totidem detrahemus ex vindemia, quantacumque fuerit, ut vir trientem ſolidum habeat.

Hæc explanatio omnia incommoda antecedentium opinionum evitat. Nam non ſcindit annum in duos, ſed unum ſervat; ſemper viro amplius relinquit, quam ſit quadrans mercedis: imo ſemper quadrantem auget in trientem. Aperit etiam cauſam, cur Papinianus ſimpliciter *Fructus vindemiæ* dixerit, nulla parte demonſtrata: quippe ex vindemia tanta pars detrahenda eſt, quæ addita quadranti mercedis augeat eum in trientem locationis 2. deeſſe, hæc indiſtincte a vindemia accipies, ſive vindemia æſtimetur tribus nummis, ſive quanticunque libuerit. Et propoſitio indefinita determinatur ex illo, *Ita ut*.

Petes, cur apud Papinianum non veniat in computationem ſpes futuræ mercedis pro rata temporis, quo matrimonium ſtetit; ſed quartam tantum accipiat, quam ex fructibus vindemiæ auget in tertiam? Nam regula eſt, ut ſoluto matrimonio dividantur inter conjuges fructus non ſolum qui collecti ſunt conſtante matrimonio, ſed etiam qui poſt ſperantur futuri, uſque ad anni complementum, *l. un.* §. *cumque*, *C. de rei uxor. act.*

Reſpondetur, venire etiam in computationem ſpem, ſed ſpeciali modo, cum in decurſu anni intervenit locatio. Quia enim caput anni locationis non initur ex die contractus, ſed retrahitur ad caput anni, quo prædium vir in dotem recepit, quod neceſſario fit, ne locatio ſcindat annum in duos; pro-

propterea vir etiam percipit de fructibus locationis, qui poſt ſolutum matrimonium ſperabantur futuri.

De ſecundo, & tertio Caſu.

Viſum eſt, ſi ante locationem annus fuit fertilis, proximum eſt, ut alterum caſum tractemus, cum præcedentes locationum menſes fuerunt viro ſteriles. Quo etiam caſu caput locationis, ne hæc ſcindat annum, retrahitur ad initium anni, quo prædium in dotem viro traditum eſt, ut proponitur in §. *e contrario*.

Species eſt: Mulier ſublatis vindemiis ſtatim fundum dedit in dotem Kal. Novembris: vir locavit non ſtatim, ſed ex Kal. Martiis. Et kal. Aprilibus primis matrimonium ſolutum eſt. Manſit ergo matrimonium quinque menſibus a die nuptiarum, & traditi prædii, uno menſe a die locationis.

Si locatio ſcinderet annum, vir non niſi duodecim mercedis partem retineret: quod eſſet abſurdum. Ne itaque ſcindat, retrahenda locatio eſt ad kal. Novembris, quibus prædium dotale viro traditum eſt. Unde tota merces ita dividetur, ut vir habeat quincuncem, uxor ſeptuncem. Quæ ex ſupra diſputatis clariſſima ſunt; dant enim lucem, & accipiunt viciſſim.

Ultimus caſus eſt, cum locatio fit non ad omnes fructus anni, ſed pro aliquibus tantum; ut ſi prædium nec vinea ſit, nec ſeminarium, ſed arbuſtum, quod fert meſſes, & vindemias: vir ergo kal. Januarii inito matrimonio, ex kal. Martiis arbuſtum locavit, ea lege, ut conductorem meſſes ſequerentur, ſibi vero ſepoſuit vindemiam. Solutum ſit matrimonium Septembris ultima die, poſt meſſes, & ante vindemiam. Quæritur, qua ratione fructus ſint dividendi? Reſpondet Papinianus in §. *item ſi meſſes*: *Nihilominus pecunia meſſium in computationem cum ſpe futuræ vindemiæ veniet*. Pecunia meſſium non eſt æſtimatio, ſed merces, ut cum Mercatore tradit hic Gothofredus.

Calculus ita eſt ineundus. Stetit matrimonium a die traditi fundi menſibus novem, a locatione menſibus ſeptem. Accipiet ergo vir ex mercede locationis ſeptuncem, quem ex fructibus vindemiæ augebit ad dodrantem; ita enim videbitur dies locationis a kal. Martiis retroacta ad Kal. Januarias. Puta: In locatione ſunt 12., in vindemia 8. aut alia quævis ſumma. Viro dantur ex locatione 7. at ex vindemia, quantacunque fuerit, dantur 2., quæ ſimul juncta conficiunt novem, qui eſt dodrans mercedis.

Hactenus de his. Supereſt modo poſt hanc lectam vindemiam quædam veluti racematio, aut poſt meſſes ſpicilegium; nempe nonnullæ leves circa hanc diviſionem fructuum quæſtiones, quæ hic tandem enodandæ ſunt.

QUÆSTIONES.

Quæres I. Si uxor moram fecerit in tradenda dote, an fructus interim ab uxore collecti veniant in computationem pro rata temporis; an potius uxor eos ſibi integros lucretur?

Et dicimus, uxorem aliquando reſtituere fructus, aliquando obligari ad uſuras marito præſtandas. At ex quo tempore? Agit de hac re Juſtinianus in *l. ult.* §. *præterea*; *C. de jure dotium*, diſtinguendo res, quæ promittuntur in dotem.

I. Ergo cum res in dotem promiſſæ ſunt immobiles, poſt ceſſationem biennii omnes fructus, & quæſtus earum rerum, uxor reſtituet marito, cui non eſt ſoluta dos intra biennium. Rebus immobilibus adnumerat Juſtinianus *Panes civiles*, qui *annonæ civiles* dicuntur in *l. hac edictali*, §. *his illud*, *C. de ſecundis nuptiis*, ubi & immobilibus accenſentur. Et ſunt, qui in dies erogantur, quibus competunt de publico: quique ædibus debebantur potius, quam perſonis, & venditis ædibus ſequebantur emtorem. Erant enim munera Principis pro extructis ædibus in urbe, quæ transferebantur in quemcunque poſſeſſorem earum ædium, *l. 1. & 11. cum duabus ſeqq. C. Theod. de annona civili, & pane gradili*: qui panes ideo dicebantur gradiles, quia piſtores eos in gradibus habebant diſpoſitos. Prudentius contra Symmachum *lib. 1. v. 584.*

Et quem panis alit gradibus diſpenſus ab altis;

ut erudite notat Cujacius in *d.* §. *illud*. Immobilibus adnumerantur etiam mancipia ruſti-

ſtica, quæ pars fundorum eſſe videntur, *d.* §. *his illud*, & *l. jubemus*, *C. de Sacroſ. Eccl.* Tandem inter immobilia ſunt reditus certi, atque penſiones, quæ ex rebus immobilibus rediguntur, *dict.* §. *præterea*.

II. Si aurum datum ſit in dotem, puta vaſa aurea. Et hujus auri, ſive æſtimati, ſive inæſtimati pariter poſt biennium debentur marito uſuræ trientes ſive, uſque ad tertiam partem centeſimæ, *d.* §. *præterea*, *verſ. & ſi tota dos*.

III. Cum in dotem datæ ſunt aliæ res mobiles, veluti argentum, veſtes, mundus muliebris, & cetera id genus, videndum eſt, utrum hæ res æſtimatæ fuerint, an non. Si enim æſtimentur, poſt biennium marito præſtandæ ſunt uſuræ trientes, numerato biennio a die æſtimationis cujuſque rei, non a die ſummæ. Sed ſi inæſtimatæ ſint, non admittuntur uſuræ, ſed obſervatur jus commune, & lis conteſtata, *verſ. ſi autem aliæ*. Jus commune eſt, ut poſt litem conteſtatam debeantur fructus, *l. ſi homo* 8. *ff. de re judicata*, veluti ſi veſtimenta, aut ſcyphus petita ſint, in fructu id numerandum eſt, quod locata ea re, mercedis nomine capi potuerit, *l. videamus.* §. *præterea*, *ff. de uſuris*.

Ex quibus plura colliguntur I. In rebus dotalibus ſtabilibus, auro, & rebus mobilibus æſtimatis, moram eſſe irregularem, id eſt contrahi ipſo jure, in rem ſine interpellatione, per ſolum biennii lapſum: at in rebus mobilibus, præter aurum, inæſtimatis, moram eſſe regularem, quæ contrahatur per interpellationem, & quidem judicialem, ut extrajudicialis ſatis non ſit.

II. Actionem ex ſtipulatu, quæ datur marito petenti dotem promiſſam, eſſe ſtricti juris; nam in actionibus ſtrictis fructus debentur poſt litem conteſtatam, *d l. ſi homo* 8. ut ſupra etiam dictum eſt cum Cujacio. Nec obſtat, marito deberi nonnunquam uſuras citra ſtipulationem, quod eſt in judiciis bonæ fidei, non in ſtrictis, *l. qui negotia*, *ff. mandati*, *l. Titius*, *ff. de præſcriptis verbis*, *l.* 3. *C. de uſuris*, nam accidit aliquando ut ob favorem in judiciis etiam ſtrictis uſuræ veniant ipſo jure, veluti favore pupillaris ætatis, *l.* 3. §. *nonnunquam ff. de uſuris*. Ita ergo favore mariti ſuſtinentis onera matrimonii, ex auro, & aliis rebus mobilibus æſtimatis debentur uſuræ ſine ſtipulatione, ſed poſt biennium.

III. Si maritus velit, non tradita dote, conſequi ſtatim uſuras, non expectato biennio, debet eas ſtipulari, *l.* 2. *C. de dotis promiſſione*. Quod etiam oſtendit, actionem ex ſtipulatu marito competentem, eſſe ſtricti juris, licet quæ uxori competit, bonæ fidei ſit.

IV. Lapſum biennii æquiparari litis conteſtationi, ut ex *d.* §. *præterea* docet Jaſon in *l. ſi mora*, *n.* 21. *ff. eod.* & Boerius *conſ.* 6. *n.* 7. Unde Doctores tradunt, lapſum biennii in mora irregulari eam vim habere, ut ei tribuat effectus moræ regularis, contractæ per litis conteſtationem. Sic ergo, qui moram irregularem incurrit, poſt biennium tenetur de rei interitu, ut quiſque de eo tenetur poſt litem conteſtatam, *l. illud*, *ff. de petitione hereditatis*. Sic etiam, licet pro mora irregulari quis non teneatur ad id quod intereſt, quanti plurimi res valuit; ſecus tamen eſt lapſo biennio, ut pariter eſt poſt litem conteſtatam, *l. vinum*, *ff. ſi certum petatur*, & ibi Baldus, & Alciatus. Vide Corneum 4. *conſil.* 166.

Quæres II. An fructibus pendentibus, queat maritus, ſoluto matrimonio, fundum retinere eo prætextu, quod fructuum portio ad eum pertineat?

Reſpondemus, fundum una cum fructibus ſtantibus uxori eſſe reſtituendum, *d. l divortio*, §. *interdum*; quia enim fructus pendentes, fundi pars eſſe cenſentur, *l. fructus*, *ff. de rei vind. l. fin.* §. *pen. ff. quæ in fraudem creditorum*: propterea ſi fundus reſtituendus eſt marito, utique in reſtitutionem omnes ejus partes venient, & proinde fructus ipſi ſtantes. Obligatur tamen uxor cavere marito, ſe reſtituturam fructuum partem, ubi eos percepit, *d.* §. *interdum*.

Quod ſi fructus maturi ſint, & proxime colligendi, ſunt qui putant fundum poſſe a marito retineri, quia fructus maturi pro collectis habentur; retineri vero donec ei ſatisfactum ſit, ex regula *l. un.* §. *ult. C. etiam ob chirographariam pecuniam*, ubi creditor, qui eſt in poſſeſſione pignoris, poteſt illud, ob exceptionem doli mali, retinere, niſi ea etiam pecunia reddatur, quæ ex chirographo debetur. Ita Campeg. *de dote part.* 2. *qu.* 39. Theſ. *deciſ.* 55. *num.* 6.

Ve-

Digitized by Google

Verius tamen eſt, retentionem marito non concedi, quia fructus etiam maturi ſunt fundi pars, *d. l. fin. §. pen.* Unde ſi cui fundus vendatur maturis fructibus, fructus etiam emtori præſtantur, *l. Julianus*, *§. ſi fructibus*, *ff. de actionib. emti*; quod utique non eſſet, ſi haberentur pro collectis, *l. 2. C. de actionib. emti*. Barboſ. in *d. §. interdum, num. 5.* Sarmiento *6. ſelect. 15. n. 3.* Nec quidquam urget textus in *d. l. un. §. ult.* cum fundus dotalis non intelligatur viro pigneratus pro fructibus ſoluto matrimonio percipiendis: aliter retentio non ſolum pro fructibus maturis, ſed pro reliquis omnibus viro competeret.

Porro ſatis eſt, ſi uxor viro caveat per nudam repromiſſionem; jubet enim uxor *cavere d. §. interdum*, & cautionis verbum ſimpliciter poſitum pro nuda repromiſſione accipitur, ſine fidejuſſore, ſine pignore, ſine jurejurando; quamvis aliud ſit, ſi dicatur *recte cavere*, vel *idonee cavere*, quibus rebus ſignificatur fidejuſſio, *l. 3. C. de verbor. ſignif.* Accurſius in *d. §. interdum*, & poſt Bartolum, Baldus Novell. *part. 8 priv. 12.*

Nec prædictis obſtat textus in *l. habere*, *in fine*, *ff. de verbor. ſignif.* ibi: *Cautum intelligimus, ſive perſonis, ſive rebus cautum ſit*; nam recte ibidem Rebuffus notat verba illa, *ſive perſonis*, *ſive rebus*, accipienda eſſe in tertio caſu, ut ſenſus ſit, cautum intelligi, ſive quis caveat in utilitatem perſonarum, ſive in utilitatem rerum, *l. venditores*, *ff. de verbor. obligat. l. ſi fidejuſſor*, *§. fin. ff. qui ſatisdare cogantur*.

Et optimo jure ab uxore non niſi repromiſſio exigitur, ut quæ ſocia mariti cenſetur, *l. 2. ff. de ritu nuptiarum*, *l. adverſus*, *C. de crim. expil. hered.* ſocius autem ſocio nuda repromiſſione caveat, *l. verum*, *§. 1. ff pro ſocio*.

Et hæc quidem de noſtra *l. divortio*, de qua tantopere certatum, pro temporis anguſtia dixiſſe ſit ſatis.

DO



DOMINICI AULISII J. C. CLARISSIMI

De Pignoribus, & Hypothecis,

Ad lib. XX. Pandectarum Tit. I.

COMMENTARIUS.

DUo ſunt, quæ Pignoris, & Hypothecæ veluti parentes fuere, eorumque uſui tam frequenti dedere cauſam & originem, perfidia, & paupertas, quarum illa eſt Animi vitium, hæc Fortunæ. Nam debitores alienam pecuniam recipiendo, cum eam deinde ſtatuto tempore non redderent creditori, vel quia nolebant, vel quia non poterant, factum eſt, ut creditor, quo ſibi tuto eſſe liceret, alteri res ſuas non crederet, niſi vel pignus ab eo acciperet, vel certe fundos hypothecatos haberet. Quod poſtmodum obſervari cœpit, non ſolum cum viris, quorum fides, vel opes ſuſpectæ, ſed etiam cum ceteris omnibus, qui ſolvendo, vel ſpectatæ fidei eſſent. Unde illa Martialis quærela:

Quod mihi non credis veteri, Teleſina, ſodali,
Credis colliculis, arboribuſque meis.

Quinimo facile fidejuſſoribus, aut ſponſoribus fides non habetur, & vulgo dicitur, melius eſt rei incumbere, quam perſonæ. Cum ergo hodie ob magnam temporum infelicitatem, opes cujuſque mirum in modum attritæ decreſcant: & e contra perfidia quotidie magis magiſque augeatur, conſequens eſt, ut hujus tractationis de Pignoribus, & Hypothecis magnus & frequens uſus ſit: quo enim morbi magis increbeſcunt, eo etiam remediis magis indigemus. E re noſtra igitur futurum ſpero, ſi quæ difficiliora in hoc Pandectarum titulo occurrunt, explanavero: præmiſſis tamen iis, quæ ad Rubricæ majorem intelligentiam conducunt.

De nominibus, & definitionibus Pignoris, & Hypothecæ.

PLurima ſunt, quæ circa hæc nomina diſputat Salmaſius *de modo uſurarum, cap.* 12. Nos breviter dicimus vocabulorum ſignifica-

ficationes vel ab uſu Scriptorum, vel populi eſſe deſumendas. Itaque cum res mobilis creditori traditur, ut eam in crediti ſecuritatem poſſideat, id Latinis dicitur *Pignus*, & Græcis ἐνέχυρον: ſi vero res ſoli ob eandem crediti ſecuritatem obligatur, id Græcis, & Latinis vocatur uno nomine hypotheca, ὑποθήκη, quod *ſuppoſitionem* ſignificat. Vide Pollucem *lib.* 3. *cap.* 9. Et hæc diſtinctio patet cum alibi paſſim in jure noſtro, tum præcipue in hoc titulo, & in *l. ſi rem alienam*, §. *non ſolum*, *ff. de pign. act. l. plebs*, §. *pignus*, *ff. de verb. ſign.* II. Pignus quandoque generatim ſumitur prout ad res etiam immobiles adaptatur: nam *pignus* inſulæ habetur in *l.* 1. *ff. de quibus cauſis pignus*: & *fundus* dicitur pignus, *l.* 39. *ff. de pigneratitia act.* E contrario hypotheca etiam de re mobili ſolet accipi, ut apud Demoſthenem in *oratione contra Lacritum*. Et hoc ſenſu nulla eſt differentia inter pignoris nomen & hypothecæ: unde in *l.* 16. *ff. mandati*, quod prius dictum fuit *hypotheca*, deinde vocatur *pignus*: & hoc demum ſenſu capiendus eſt Marcianus in *l.* 5. *hoc tit.* cum ait, inter pignus & hypothecam nominis ſonum tantum differre: & in §. *item ſerviana*, *Inſtit. de actionib.* dicitur, inter pignus & hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil intereſſe, ſed in aliis differentiam eſſe.

Quoniam vero hypotheca græce, ut diximus, ſuppoſitionem denotat, hinc in noſtris legibus ſæpe verbum *ſupponere* uſurpatur pro hypothecare, ut in *tit. ff. de reb. eorum, qui ſub tutela, vel cura ſunt, ſine decreto non alienandis, vel ſupponendis*: quod Latini etiam *opponere* dicunt, ut cum Seneca *lib.* 7. *de beneficiis*, ait, *Rebus meis in ſecuritatem creditoris oppoſitis*. Notandum etiam in jure feudali pignus dici *gangeriam*, ut in *cap.* 1. *de feudis*, quæ vox Theutonica eſt, ut ibi *gl.* notat: unde apud nos pignus, ſeu obſes dicitur *gaggio*, & *ingaggiare* eſt de re aliqua oppoſito pignore contendere, ſeu ſpondere.

Itaque pignus & hypotheca, quatenus res diverſas ſibi ſubjiciunt, diverſas etiam ſortiuntur definitiones. Nam Iſidorus *lib.* 1. *orig. cap.* 25. ita hypothecam definit: *Hypotheca eſt, cum res aliqua commodatur ſine depoſitione, pacto, vel cautione ſola interveniente*. Ubi verbum *commodatur* perperam poſitum eſt; nam cum quid commodatur, tum rei uſus in alium transfertur, ut patet in *tit. ff.* & *C. de commodato*: quod utique non accidit in hypotheca; nec melius idem Auctor ibidem Pignus ita definit: *Pignus eſt, quod præter rem creditam obligatur; cujus poſſeſſionem ſolam ad tempus conſequitur creditor: ceterum dominium penes debitorem eſt*. Quæ definitiones præterea peccant ex eo, quod in hypotheca nulla rei ſtabilis, in pignore nulla rei mobilis mentio fit. Itaque ita melius definientur. Hypotheca eſt, cum fundus obligatur creditori, poſſeſſione, & dominio apud debitorem remanente. Pignus eſt, cum res mobilis obligatur, cujus poſſeſſionem ſolam ad tempus creditor conſequitur, dominio apud debitorem remanente. Quæ definitiones ſatis per ſe claræ ulteriorem explicationem non exigunt.

Hinc tamen deſcendunt nonnullæ inter pignus & hypothecam differentiæ: I. eſt præſcriptionis, nam hypothecaria actio temporis lapſu præſcribitur a debitore, hoc eſt ſpatio 40. annorum, *l. cum notiſſimi*, §. 1. *C. de præſcriptionibus* 30. actio vero, quæ pro pignore præſtatur, a debitore nequit præſcribi, cum ab ipſo creditore pignus poſſideatur, *gl. in d.* §. *item Serviana*, *v. nihil intereſt*.

II. Ex nonnullorum opinione eſt circa cautionem. Nam ſi quis ſe idonee cavere promittat, quia illud, *idonee*, addidit, cavere obligatur datis pignoribus, ex *l. ſi mandato* 59. §. *fin. ff. mandati*, ubi dicitur, non videri mandati conditioni paritum, cum in mandato adjectum eſt, ut idonea cautio a debitore exigeretur, ſi neque fidejuſſor, neque pignora accepta ſint. Concordat textus in *l.* 4. §. *ſi ſub conditione*, *ff. de fideicomm. libertatib.* Quærit ergo *gl. in d.* §. *fin. v. neque pignora*, quid dicendum ſit, ſi non pignus, ſed hypotheca accipiatur? Et reſpondet per eam quoque idonee caveri, & probat ex hoc, quia ſi Juriſconſultus ibi ait idonee caveri etiam per fidejuſſorem, Decius *conſ.* 1. *num.* 3. & *ſeq.* Surd. *dec.* 320. *num.* 8. ergo etiam idonee, & multo magis cavebitur hypothecam: quia per hypothecam incumbimus rei, per fidejuſſionem vero perſonæ.

At poſt alios Neguſant. *de pign. part.* 1. *num.* 6. contra gloſſam putat, per ſolam hypothecam bonorum non idonee caveri, quia textus in *d.* §. *fin.* ſolum de pignore meminit. Sed facile reſpondetur ex jam ſupra notatis, nempe pignoris nomen quandoque genera-

neraliter ſumi etiam pro rerum ſtabilium hypotheca, *l.* 1. *ff. in quibus cauſis pignus*, *l.* 39. *ff. de pign. act.* Quare hæc differentia, quæ hoc caſu inter pignus & hypothecam ſtatuitur, nulla eſt.

III. Diſtant in actionis exercitio; nam qui ſui debitoris bona ſibi habet hypothecata, non aget contra extraneum eorundem bonorum poſſeſſorem, niſi excuſſo principali debito: quod ſecus eſt in creditore ſub pignore, qui ad excuſſionem non obligatur, ſed poteſt recta contra ipſum pignoris detentorem agere. Neguſant. *loc. cit. num.* 7.

Tandem diſtant ob utilitatem, quia magis creditori cautum eſt ex pignore, quam ex hypotheca, cum pignus in ipſius manu ſit; hypotheca vero perſequi in judicio debeamus, & judiciorum incertus eſt eventus, Mantica *de tacit. lib.* 11. *tit.* 1. *num* 3.

Hinc illa reſolvitur quæſtio, num ſcilicet ſtatutum, ſeu nova lex, quæ de pignore loquitur, trahi poſſit ad hypothecam? veluti cum Hebræis conceditur, ut licet ſub pignore mutuam pecuniam dent, poſſint tamen fœnerari: hoc eſt, ex pecunia ſub pignore credita uſuras exigere; ſolet enim dubitari, utrum hujus legis vi etiam cum hypotheca adeſt, fœnerari poſſint, præſertim ubi Hebræis bona ſtabilia poſſidere interdictum non eſt, juxta *extrav.* Pauli III. & Pii V.

Et placet hoc & ſimili caſu ſub pignoris nomine etiam comprehendi hypothecam, & ſpeciatim de Hebræis, quod tuetur Felinus in *cap. cum in aliquibus num.* 3. *de ſententia & re judic.* Rebuffus *in l. plebs §. pignus ff. de verb. ſignif.* Mantica *de tacit. lib.* 11. *tit.* 11. & poſt Neguſantium, tenet Merlinus *lib.* 1. *hoc tit. qu.* 3. *&* 16. Et patet, quia, uti expoſitum eſt, ſub pignoris nomine etiam hypotheca comprehenditur: unde in *l. ſi creditor, ff. de diſtract. pignoris*, cum creditor pignus vendiderit hoc pacto, ut liceat ſibi reddere pecuniam, & pignus recuperare; Julianus reſpondit, recte diſtractum eſſe pignus; ceterum a debitore agi poſſe cum creditore, ut ſi quas actiones habeat, eas ſibi cedat, quo facto, debitor ipſi emtori reddet pecuniam, & pignus conſequetur. Quamvis autem Julianus id de pignore tantum tradidiſſet, Marcianus ait idem circa hypothecam eſſe; ea quippe ratione, quia nullum his caſibus videtur eſſe diſcrimen inter hypothecam & pignus. Ergo cum ſtatutum in dubiis a jure communi interpretationem accipiat, recte ſub pignore hypotheca comprehendi dicetur. Ita licet conſuetudo Neapolitana excludens a ſucceſſione fœminas, loquatur de patre inteſtato, tamen in foro receptum eſt, locum habere etiam cum pater inteſtabilis decedit; quia de jure communi ſub inteſtati nomine pariter inteſtabilis comprehenditur, *l.* 4. *ff. qui petant tutores*, *l. qui duos ff. de reb. dubiis*, *l.* 1. *ff. de ſuis & legit.* Addere poſſumus, in ſtatutis eadem ratione vigente licitam eſſe extenſionem de caſu ad ſimilem caſum, Rolandus *conſ.* 72. *n.* 39. *& ſeqq.* Mangilius *de imputat. qu.* 66.

Contrarium tamen docuere Abbas in *d. cap. cum in aliquibus, num.* 6. Bartolus & Salycetus in *l. ſi rem alienam*, *§. proprie*, *ff. de pign. act.* Aretinus *conſ.* 125. *num.* 3. ea maxime ratione moti, quod proprie loquendo pignus diſtinguitur ab hypotheca; conſtat autem in ſtatutis ſtricte & proprie verba eſſe accipienda, Gratianus *diſcept. forenſ. cap.* 267. *num.* 25. *& cap.* 275. *num.* 4. Sed facile reſpondetur, pignus in genere comprehendere etiam hypothecam, ut probatum eſt: ergo proprie dicitur etiam de ipſa; nam genus proprie prædicatur, & dicitur de ſuis ſpeciebus ad differentiam verbi analogi. Ita adoptionis nomen generaliter dicitur de arrogatione & adoptione in ſpecie.

Idipſum, quod de ſtatuto diximus, eſt in ultimis voluntatibus; nam ſi exempli gratia teſtator pignorari ſua bona prohibeat, prohibita pariter cenſetur hypotheca ſive tacita, ſive expreſſa, Seraphinus *dec.* 757. *n.* 3.

De diviſione Hypothecæ.

HYpotheca vel eſt generalis, vel ſpecialis. At ſpecialis pluribus modis concipi poteſt.

I. Si quidpiam individuo obligetur, veluti oppignero tibi fundum Sempronianum, *l.* 1. *ff. hoc tit.* quandoquidem apud Juriſconſultos ſpecies dicitur, quod Logici individuum vocant, ſicuti genus ipſis eſt, quod aliis ſpecies: ſic ergo fundus genus eſt, fundus Sempronianus ſpecies.

II. Specialis etiam dicitur, cum certum bonorum genus creditori ſupponitur, veluti obligo ædes meas omnes, vel ſervos meos; quam-

Digitized by Google

quamvis enim de individuis nulla expreſſa mentio habita ſit; tamen ex fictione legis ſingula corpora enumerata intelliguntur, Mantica *d. lib.* 11. *tit.* 2. *num.* 10. & patebit ex his, quæ jam ſequuntur.

III. Eadem ratione eſt etiam ſpecialis, cum quis omnia bona *præſentia* obligat, nihil exprimendo de futuris, addendo tamen *præſentia*. Patet id ex *l. & quæ*, §. 1. *ff. hoc tit.* ubi generalis hypotheca dicitur, cum oppignerantur bona, quæ quis nunc habet, & quæ poſtea acquiſierit: contra vero ſpecialis hypotheca aſſeritur ea, qua quis bona, quæ nunc habet, obligat, ut ibi advertit *gl. v. ſpecialiter*, Neguſ. in hoc *tract. memb.* 3. *num.* 1.

IV. Ex quorundam ſententia inter ſpeciales hypothecas habetur, cum omnia & ſingula bona debitor obligat, etiamſi addat præſentia & futura: propterea quod verbum, *ſingula*, in ſingulis rebus ſpecialem hypothecam inducit, Cyriacus *controv.* 10. *num.* 68. Cravetta *conſ.* 381. *num.* 4. unde illud, *ſingula*, habere vim ſpecialis expreſſionis; notat poſt alios Barboſa *de clauſ. clauſ.* 96. & habere vim diviſam, prorſus ut ſingula diviſim obligata cenſeantur, ait Gabriel *conſ.* 144. *num.* 69. *lib.* 2.

Id tamen ita univerſaliter aſſertum, falſum mihi videretur ex his, quæ traduntur a Cajo in *d. l. & quæ* §. 1. *ff. hoc tit.* ubi ait, quod ſi ſpecialiter rebus hypothecatis, deinde addatur, & cetera bona debitoris, teneantur quæ nunc habet, & quæ poſtea acquiſierit, intelligi præſentia ſpeciali hypothecæ ſubjecta, futura non item. Et ratio eſt, quia cum futura ſpeciatim, ſeu in individuo demonſtrari non poſſint, neque etiam poterint ſpecialiter hypothecari. Lex enim imitatur naturam, & ea, quæ poſſibilia ſunt, ut patet in adoptione, quam non permittit, niſi ei, qui major ætate ſit, quam filius adoptandus, & in retrotractione, quæ conceditur in legato conditionali, locum vero non habet in legato in diem: ea ratione, quia fieri poteſt, ut conditio eveniat tempore, quo moritur teſtator: quod non eſt in legato in diem, ubi dies fixa eſt: quare non niſi ſub generalem hypothecam venient. Hoc etiam eadem de cauſa videtur dicendum in caſu noſtro, nempe cum omnia & ſingula bona præſentia & futura oppignerantur, ob verbum; *ſingula*, præſentia ſpecialiter, futura vero generaliter hypothecata intelligentur. Quare nec Surdi ſententiam *conſ.* 331. admittere poſſumus, qui etſi neget per verbum *ſingula* ſemper induci ſpecialem hypothecam, concedit tamen quoties præcedit generalis diſpoſitio, veluti dicendo, *Bona omnia immobilia, mobilia, & ſingula eorum*: quod etiam voluit Salycetus in *l. qui abſenti, num.* 4. *ff. de acq. poſſ.* Fuſar. *quæſt.* 674. *n.* 12. aliique. Quod falſum eſt, quia ſemper præcedit etiam in iſto caſu ratio *text. in d. l. & quæ* §. 1. ut conſideranti patet.

Generalis itaque hypotheca eſt, cum debitor eas etiam res, quarum dominium eſt adepturus, obligat. Nam poſtquam utilitas pignorum irrepſit, multa in ipſius utilitatis publicæ gratia recepta ſunt, quæ alioqui ex ſumma juris ratione recipi non potuiſſent, *l. ſed an viæ, in fine, l. ſi Titio, ff. hoc tit.* Inter cetera & illud eſt, ut futurarum etiam rerum obligatio valeat; ita enim fit, ut etiam illi, qui minus locupletes exiſtimantur, facilius inveniant creditorem, ſi modo pro diligentibus patribusfamilias habeantur, quos ſperari poſſit aliquid poſtea ſibi acquiſituros, ut bene ſemper de civibus ſuis legiſlator civilis ſperare ſolet, *l. in bello, in princ. ff. de captivis, l. de hereditate*, §. *filiusfam. in fin. ff. de caſtr. peculio*.

Ceterum de jure antiquo hæc generalis hypotheca ſolum contrahi intelligitur, cum expreſſe quis bona etiam futura obligat, Faber ad *l.* 1. *ff. eod.* At de jure Juſtinianeo, qui generaliter bona ſua omnia pignori obligat, hoc ipſo etiam futura obligaſſe creditur, *l. ult. in fine, C. quæ res pignori*. Eo nempe rationis colore, quod ea generalis bonorum omnium tam præſentium, quam futurorum obligatio, ſolita eſſet, ac quotidiana, *d. l. ult. & l. quæ nondum*, §. *quod dicitur ff. eod.* Fuit enim hæc ratio familiaris & acceptiſſima Juſtiniano, ut conſtat ex *l. ult. C. de fidejuſſ.* Nam ſi verborum vim & poteſtatem attendimus, certum eſt, eum, qui dicit *bona ſua* vel *mea*, non niſi præſentia ſignificare, *l. ſi ita, ff. de auro & argento legato*. Unde eſt, quod DD. omnes fatentur, generali donatione bonorum omnium præſentia duntaxat, non etiam futura comprehendi.

In rebus tamen poſtea quæſitis vinculum pignoris non prius incipit, quam earum domi-

minium acquiſitum ſit debitori, *l. ſi qui mihi*, *ff. de jure fiſci*, *l. ult. C. qui potior. in pignore*. Fit enim utrumque in eodem inſtanti, quia fit poteſtate legis, quæ operatur in inſtanti, *l. ult. ff. de condit. inſtit. l. venire*, *ff. de acqu. hered. l. ſi filius*, *ff. de liberis & poſth.* quamvis ordine naturæ & intellectus acquiſitio dominii ſemper præcedat conſtitutionem vinculi pignoris.

Sunt autem aliquot inter generalem & ſpecialem hypothecam differentiæ. I. Creditor, qui ex ſpeciali hypotheca agit ſuper re aliqua, debet in judicio docere, eam rem tempore obligationis initæ in dominio debitoris fuiſſe: quod in generali hypotheca minime exigitur, cum bona omnia quocumque tempore acquiſita a die obligationis incipiendo, comprehendantur, *d. l. 1.* ubi DD.

II. Quia debitor magis in ſpeciali ligatur, quam in generali: quare mancipia generaliter obligata manumittere poteſt, ſed non ea, quæ ſunt in ſpeciali, *l. 3. C. de ſervo pign. dato*, Bartolus in *l. rem legatam*, *n.*10. *ff. de adimendis legat.* Redoanus *de reb. Eccl. non alien. qu.*2. *c.*6. *n.*14. *& ſeq.*

III. Rerum, quæ ſpecialiter obligatæ ſunt, dominium in alterum non transfertur; ſed in generaliter hypothecatis ſecus eſt, Mantica *d. tit.* 2. *n.*14.

Dividitur etiam hypotheca in legalem, & conventionalem. Legalis dicitur, quæ nullo contrahentium pacto, ſed ſola legis diſpoſitione ob privilegium inducitur: hæc licet ſit expreſſa in lege, dicitur tamen quandoque *Tacita*, reſpectu contrahentium, qui de ea, contrahendo, nihil expreſſe meminere, ut in *tit. Pandect. & C. quibus modis pignus & hypoth. tacite contrahatur*. E contrario conventionalis eſt, quæ contrahentium pacto initur, & propterea etiam expreſſa nuncupari ſolet.

Hæ autem hypothecæ in quantum ad effectus ſæpe æquiparantur, ut nimirum ſicuti conventionalis hypotheca comprehendit præſentia omnia bona, & etiam futura, jura & nomina creditorum, ita quoque legalis; Salycetus in *l. aſſiduis num.* 4. *C. qui potior. in pign.* Ripa in *l. debimus*, §. *ſi quis cum tutor*, *n.*11. *ff. de priv. creditorum*.

Dubium tamen eſt, an hypotheca legalis ſileat, & ceſſet, quando a contrahentibus expreſſa fuit appoſita? veluti ſi quis habens hypothecam legalem generalem in bonis ſui debitoris, deinde de novo acquirat ex pacto expreſſam ſpecialem; quæri enim poteſt, num iſto caſu poſſit contra bona omnia debitoris agi ex privilegio tacitæ & legalis hypothecæ? Et Neguſ. in hoc *tract. part. princ. memb.* 4. *n* 5. negat, quia hominis proviſio ceſſare facit proviſionem legis, ut patet in ſucceſſionibus, ubi cauſa teſtamentaria tollit cauſam ab inteſtato.

Contrarium tamen verius eſt, quia cum contrahentes expreſſam ſuperaddunt contractui hypothecam, non aliud in animo habuiſſe videntur, niſi ut plenius ſibi providerent, & caverent, non etiam ut legis beneficio carerent, extinguendo tacitam legalem hypothecam: quare non eſt creditor privandus ea utilitate, quam ex tacita generali hypotheca conſequi poſſet. Ita poſt alios Merlinus *lib.*1. *tit.*1. *qu.*8. *n.* 31. Verum de hac re latius infra.

Quoniam vero tacita hypotheca a lege introducitur, ideo nullo caſu eſſe intelligitur, niſi ubi lex eam expreſſe induxit, Bartolus in *l.*2. *C. in quibus cauſis pignus*, Surd. *dec.* 271. & alii communiter. Tamen apud DD. receptum eſt, ut aliquando ex paritate rationis poſſit etiam tacita induci ſine lege expreſſa. Exemplum eſto in Prælato, qui bona Eccleſiæ adminiſtrat; docent enim bona iſtius cenſeri Eccleſiæ tacite hypothecata pro adminiſtratione: quoniam in ipſo eadem viget ratio, quæ in Tutore, & Curatore, quorum bona pupillo & minori tacite hypothecata ſunt, Munoz *de ratioc. cap.*39. *n.*13. Grat. *conſ.*601. *n.*9. *& ſeq.*

Datur præterea pignus, quod vocant Prætorium, cum Judex ob contumaciam Rei ex primo decreto mittit Actorem in poſſeſſionem bonorum ipſius Rei, *l. non mirum*, *ff. de pign. act.* & de hoc credunt loqui in *l. ſi is qui bona*, §. 1. *ff. hoc tit.* Quod craſſus error eſt, ortus ex inſcitia linguæ Græcæ; nam in *d.*§.1. legitur Græce ἀντιχρησις quod poſt Accurſ. Bart. vertit in antiphonam, explicans, quod ut antiphona eſt id, quod canitur ante Pſalmos, ita miſſio in poſſeſſionem ex primo decreto illa ſit, quæ jus Prætorii pignoris in bonis debitoris conſtituit, antequam ad ſecundum decretum perveniatur, per quod vera poſſeſſio in creditorem, ſeu actorem transfertur. Quam interpretationem merito deridet Ant. Fab. in *Rational. ad d.* §.1. ſiquidem ibi ſermo tantum eſt

Digitized by Google

eſt de antichreſi, quæ nihil aliud eſt, quam ſpecies quædam pignoris ita conſtituti, ut mutuum pignoris uſum creditor habeat pro uſuris crediti, & in vicem uſurarum, *l. ſi pecuniam*, *ff. de pign. act.* Quod vel ſola Græci verbi ſignificatio aperte docet; nihil enim aliud eſt *ἀντίχρησις*, quam *contrafruitio*, ut quemadmodum debitor fruitur pecunia credita, ita & viciſſim creditor fruatur pignore, ſive fructus percipiendo per ſeipſum, ſive locando, ſive etiam habitando, *l. ſi ea pactione*, *l. ſi ea lege*, *C. de uſuris*, *l. ſi ſervus*, *C. quod cum eo*, *qui in aliena poteſtate*, *Inſtit. lib.3. tit. quibus modis re contrahitur obligatio*.

Hoc primum decretum dupliciter ſumitur. I. Quando creditor, citato Reo & non comparente in judicium, obtinet a Judice ut immittatur in poſſeſſionem bonorum Rei contumacis, cauſa cuſtodiæ. Dixi, cauſa cuſtodiæ, quia per iſtud decretum non tribuitur Actori vera rerum poſſeſſio, ſed tantum detentio, ſeu, ut vulgo dicunt, tenuta, donec ſecundum decretum fiat, Bartolus in *l. ſi finita*, §. *Julianus*, *ff. de damno infecto*. Vide Tuſcum *concluſ.283. lit.M.*

II. Quando creditor ſententiam pro ſe obtinuit, & vicit, pro cujus ſententiæ executione mittitur a Judice in poſſeſſionem bonorum debitoris, tanquam in pignus, prorſus ut non fiat verus poſſeſſor, ſed detentor tantum, nec fructus faciat ſuos, Rota apud Durandum *dec. 364.* Idem eſt, ſi a Judice contra debitorem creditori concedatur mandatum executivum, non modo perſonaliter, ſed etiam realiter, quo ſtante, itur ad bona ſtabilia, & mobilia debitoris. His tamen caſibus pignus potius dicitur judiciale, Cujacius ad *rubr. C. ſi in cauſam judicati pignus captum ſit*.

Diſtant hæc duo pignora invicem. I. Quia in Prætorio ſi debitor contumax in judicio ſe ſiſtat, refectis expenſis, & præſtita cautione de ſtando juri, & judicatum ſolvi, pignus reſolvitur, nec ad ſecundum decretum, quo vera tribuitur poſſeſſio, & dominium, devenitur. At vero in pignore judiciali non liberatur debitor, niſi ſolverit, Durandus *d. dec.364. n.36. & ſeq.*

Diſtant II. quia in judiciali pignore non tranſitur ad ſecundum decretum, ut in Prætorio, ſed proceditur ad ſubhaſtationem, ut plus offerenti pignus vendatur, Barboſa in *l. ad peremtorium*, *num.59. ff. de judiciis*.

Ceterum in quantum ad Prætorium pignus quædam notanda ſunt ex Guidone de Suzarra in *tract. de primo & ſecundo decreto*, nimirum ut locum habeat in illis etiam bonis, in quibus debitor nonniſi uſumfructum obtinet, ſic ut debitori remaneat jus utendi fruendi, creditor vero fructus colligat: item in bonis feudalibus, in præbendis, & aliis redditibus: tandem in nominibus debitorum, quibus jubet Judex ne ſolvant, ſed deponant. Neguſ. *part. 3. memb.2. n.24.*

Tandem creditor immiſſus, ſi ea poſſeſſione cadat, ſive ſua culpa, ſive aliena, ſive fortuito caſu, aget hypothecaria ad rem recuperandam; licet enim debeat creditor incumbere ſuo pignori, ne aliquam patiatur inde jacturam: tamen ſi ſecus acciderit, non amare cum eo agendum eſt, ſed benigne, dando ipſi actionem ad recuperandum, ut dicitur in *l. fin. C. de prætorio pignore*, Cyriacus *controv. 77. num.19.* Quamquam ex hoc textu colligunt nonnulli huic creditori impertiri omnia interdicta, quæ vero poſſeſſori conceduntur, hoc eſt retinendæ poſſeſſionis, veluti Utrubi, & Uti poſſidetis: item recuperandæ, veluti interdictum, Unde vi; nam quo imperio creditor adeptus eſt poſſeſſionem, eodem debet conſervari, Neguſ. *d. part.3. memb. 3. n. 26.* quod tamen negant Menoch. *de recuper. poſſ. remed. 3. n.170. & ſeq.*

An quandoque in re ſua Pignus conſiſtat.

DISCUSSIO I.

CErtiſſima juris regula eſt, pignus rei ſuæ conſiſtere non poſſe, *l. neque pignus*, *ff. de reg. juris*, *l. ſi rem alienam*, *ff. de pign. act.* Rationem eſſe putant, quia ſi fingamus creditorem ipſum eſſe dominum rei obligatæ, neceſſe ſit, debitorem, qui pignus dederit, dominum non fuiſſe, cum duo in ſolidum domini ejuſdem rei eſſe nequeant; *l. de hereditate*, §. *pater*, *ff. de caſtrenſi peculio*, *l. ſi ut certo*, §. *ſi duobus*, *ff. commod.* Quare nec pignus conſiſtet, quia pignus rei alienæ non valet, *toto tit. C. ſi res aliena pignori data ſit*. Vel ratio eſt, quia nemini res ſua poteſt eſſe obligata: & ideo Paulus reſpondit, non poſſe pignus perſeverare, cum creditor ipſe rei dominus factus

ctus eſt, *l. ex ſexta*, *ff. de except. rei judic.* Hinc etiam, ſi res aliena emta bona fide, mihi pignori data ſit, deſinet pignus eſſe, quando dominus me heredem inſtituit, *l. ſi rem alienam*, *ff. de pigner. act.*

Traduntur tamen a DD. aliquot caſus, in quibus volunt rei ſuæ pignus conſiſtere, quoties ſcilicet dominium jure ſpeciali acquiſitum eſt ſine traditione, Bartolus in *l. fin. num.* 16. *C. de Sacroſ. Eccl.* Caſtr. in *l.* 1. *num.* 17. *ff. de legat.* 1. Decius in *d. l. neque pignus*, *n.* 2. *ff. de reg. jur.* Afferunt ejus rei duo præcipue exempla, unum in legatario, alterum in pupillo. Volunt ergo, legatario competere hypothecariam actionem in ipſammet rem legatam, quia legatario acquiſita eſt ex juris cenſura, ſine ulla rei traditione. Item ſi ex nummis pupilli tutor rem, ſed ſuo nomine, emat, pupillus ex ſpeciali jure emtæ rei dominium habet, & propterea pignus etiam in eamdem rem poteſt habere. Ita Fachin. 12. *contr.* 32.

Probant id I. ex *l. in bello*, §. *ſi quis ſervum*, *ff. de capt.* ubi, ſi Cujacius ſervum Titii captum ab hoſtibus redemerit, protinus ſervus fit ipſius Caji, qui eum ſua pecunia redemit; quamvis ſciat alienum fuiſſe: ſed tamen ſi Titius offerat ipſi redimenti pretium, quod dedit, poſtliminio rediiſſe, aut receptus eſſe ſervus intelligitur, hoc eſt, iterum fit Titii, quaſi nunquam ex ipſius dominio exiſſet. Schiferdegherus *ib.* 2. *tract.* 22. *q.* 2. ingenue fatetur, ſe egiſſe, ac relegiſſe hunc textum, ac nunquam potuiſſe deprehendere, quid hæc lex ad rem noſtram faciat, & præcipue ad pignus. Scilicet non advertit, ad rationem legis, ad quam tamen reſpexere DD. cum hunc textum allegant. Nam ideo Titius jus habet offerendi pretium ſervi Cajo redemtori, quia ipſe Titius, poſt redemtionem, habet in ſervo jus pignoris ex legis beneficio. Quod palam conſtat ex *l. Senatus*, §. *ult. ff. de legat.* 1. ubi hæc verba leguntur: *Qui ab hoſtibus redemtus eſt, legari ſibi* (hoc eſt redimenti) *poterit, & proficiet legatum ad liberationem vinculi pignoris, quod in eo habuit, qui redemit.* Ecce, ut Cajus redemtor habet quidem ſervi dominium, ſed cum vinculo pignoris, hoc eſt, quaſi pignoris loco detineat & poſſideat ſervum; loco, inquam, pignoris pro pretio, quod in redemtione ſolvit, quodque ſibi reſtituere debet Titius antiquus dominus, qui hic conſideratur, tanquam debitor, ut Cajus tanquam creditor. Itaque ex his jam duo conſtant. I. Redemtorem eſſe dominum ſervi, *d.* §. *ſi quis ſervum*, ibi, *Protinus eſt redimentis*. II. Eundem redemtorem in eodem ſervo jus pignoris habere, donec a priori domino ſibi pretium redemtionis reſtituatur, *d.* §. *ult.* Ergo datur pignus in re ſua. Nec ſolum ſervus redemtus eſt loco pignoris, ſed etiam quandoque homo liber redemtus, ut in *l. ult. C. de poſtlim. reverſ.* Nam ſi quis Civem Romanum ab hoſtibus redimat, licet poſt redemtionem liber iterum fiat, tamen loco pignoris a redemtore detineri poteſt, donec ſibi reſtituatur pretium redemtionis, vel nummis, vel laboris obſequio, vel opere quinquennii. Ita ſupradictas omnes leges intelligit, & explicat Acc. in *d.* §. *ſi quis ſervum*, *v. oblato.*

Verum hæc nobis non arrident ex duobus capitibus. I. Quia ipſi DD. ſupracitati volunt, jus pignoris tunc in re ſua, ſeu propria, conſiſtere poſſe, cum dominium ſpeciali jure acquiſitum eſt, hoc eſt, ut ipſi explicant, ſine traditione: quod utique in caſu noſtro non accidit; nam qui redimit ſervum habet juſtum titulum emtionis, ex qua per traditionem ex manibus hoſtium in manum ſuam, dominium ſervi redemti acquirit, ut patet. Ergo nullum hic jus ſpeciale acquirendi dominii comminiſci poteſt: & licet ſervi alieni illicita ſit venditio, *l.* 1. *C. pro emtore*, itaut emtor furti actione teneatur, *l. ancillæ*, *C. de furtis*, *l.* 1. & *l. ſciens*, *C. de uſucapione pro emtore*; tamen ſecus eſt, cum redimitur ab hoſtibus, qui per occupationem impropriam, jure belli, ſervi dominium ipſi ſibi acquiſiverant, ut propterea amplius prioris domini non ſit, §. *item ea quæ ex hoſtibus*, *Inſtit. de rer. diviſ.* Quare neque ex hoc capite ullum ſpeciale jus adeſt.

II. Non placet, cum credunt, ipſum redemtorem habere jus pignoris, ut ita dicam, activum in ſervo redemto: quod eſt falſiſſimum, cum e contrario jus iſtud activum pignoris ſit apud primum, ſeu antiquum ſervi dominum, paſſivo tantum exiſtente apud redemtorem. Nam antiquus dominus eſt, qui habet jus & actionem contra redemtorem, ut eodem oblato pretio, ſervus ſibi revendatur, ut in *dd. ll.* patet.

Qua-

Digitized by Google

Quare hic creditor eſt ipſe antiquus dominus, qui pro hoc ſuo jure habet oppigneratum ſervum; conſtat enim, res oppignerari non debitori, ut hic eſt redemtor, ſed creditori, ut eſt antiquus dominus. Et hæc omnia aperte probantur in *d. l. ſenatus*, §. *ult. ff. de legat.* 1. ubi dicitur utile legatum eſſe, ſi antiquus dominus leget redemtori ſervum redemtum, quia redemtor conſequitur liberationem vinculi pignoris: ergo fuit legata liberatio, ut propterea creditor ſit ipſe antiquus dominus, qui legat, non redemtor, cui legatur; nam creditor eſt, qui liberationem legat, *l.* 1. *cum ſeqq. ff. de liberat. legat.* Itaque, ut concludamus, jus pignoris activum in caſu propoſito eſt ſolius antiqui domini, & etiam in re aliena; nam ſervus eſt redemtoris.

Probant II. Exemplo legati, cujus dominium per legis poteſtatem etiam ignoranti legatario acquiritur, ſtatim & recta via, a morte teſtatoris, ſine ulla traditione, *l. ſi tibi homo*, §. *cum ſervus*, *ff. de legat.* 1. *l. legatum* 81. *ff. de legat.* 2. *l. a Titio*, *ff. de furtis*. Sed legatarius habet actionem hypothecariam, *l.* 1. *C. comm. de legat.* Ergo datur pignus in re ſua.

Neque hoc argumentum quidquam urget. Nam cum Juſtinianus tres legatario concedit actiones, perſonalem, realem, & hypothecariam, ſive utilem Servianam; concedit quidem pro re legata, ſed non omnes ſuper re legata; ridiculum enim eſſet actionem perſonalem, ſeu condictionem ſuper re legata cadere. Quæ breviter explicanda ſunt. Datur ergo legatario condictio. Sed qua ratione, cum ſit dominus, & domino condictio denegatur, §. *ſic itaque*, *de actionib.*? Reſpondet Accurſius in §. *noſtra autem*, *de legat.* concedi condictionem contra heredem, utpote contra poſſeſſorem; quæ reſponſio recipi non poteſt, cum nuſquam in toto juris corpore reperire ſit, domino licere contra poſſeſſorem rei proponere aliam actionem, quam realem: illud verum eſt, poſſe agere interdicto poſſeſſorio, ut in *l.* 2. *ff. de condict. trit.* Aliud autem eſt interdictum, aliud condictio; nam interdictum eſt de jure Prætorio, ut in *tit. de interdict. in princ.* Condictio vero eſt de jure civili, ut patet in *tit. de actionibus*, §. *ſic itaque*. Supereſt ergo ut dicamus, dari legatario actionem in perſonam contra heredem, quia heres adeundo ex quaſi contractu legatariis obligatur, *l.* 5. §. *heres*, *ff. de actionib.* Deinde actio realis, ſeu reivindicationis, cadit ſuper ipſa re legata, ut quæ conceditur domino contra eum, qui rem ſuam poſſidet ut ea ſibi reſtituatur, §. *namque agit*, *Inſtit. de actionib.* Et demum conceditur legatario hypothecaria actio, non quidem ſuper re ipſa legata, hoc eſt, ſuper re ſua, ut Adverſarii putant, ſed ſuper reliquis rebus hereditariis a teſtatore relictis, quæ tacite legatario oppigneratæ cenſentur ex beneficio Juſtiniani, ut patet ex *l.* 1. §. *rectius*, *C. commun. de legat.* ibi: *Et inſuper utilem Servianam, id eſt hypothecariam ſuper iis, quæ fuerint derelicta, in res mortui præſtare*; & rurſus in fine: *Sed tantummodo earum, quæ a teſtatore ad eum pervenerunt*. Ex quibus verbis apparet, hypothecariam concedi in rebus aliis, quæ fuerunt defuncti, ut recte docet Accurſius in *d.* §. *noſtra autem*, *v. hypothecariam*, *de legat.* Itaque cum in argumento Adverſariorum dicitur. Sed legatario datur hypothecaria, ſi intelliguntur dari pro re legata, concedimus: ſi ſuper re ipſa legata, negamus.

Quod ulterius probamus ex pluribus aliis. Nam Juſtinianus in eadem *l.* 1. *C. communia de legatis* conſtituit, ut hæc hypothecaria actio ſit dividua, immo inter plures heredes ipſo jure diviſa. Ita enim ſunt verba legis: *In omnibus autem hujuſmodi caſibus in tantum & hypothecaria unumquemque conveniri volumus, inquantum perſonalis actio adverſus eum competit*, Faber in *C. lib.* 6. *tit.* 21. *def.* 1. 7. & 8. Ergo ſi proponamus rem legatam ad unum ex heredibus perveniſſe, non poterit legatarius actione hypothecaria rem legatam auferre contra unum; & conſequenter in ipſa re legata non competet. Nam ſi competeret totam rem legatam ab uno ex heredibus auferet, quia legatum in partes dividi nequit, *l. cum filius*, §. *variis*, *ff. de legat.* 2. cum tamen heres ille in tantum hypothecaria conveniatur, in quantum heres ſit, hoc eſt, ut ait Juſtinianus, in quantum actio perſonalis in ipſum datur; ita ut ſi ad unum res legata pervenerit, non poſſit tota ipſi auferri, cum hypothecaria actio in ipſum non detur in ſolidum, ſed pro ea parte, pro qua heres eſt.

Præterea, hypotheca tacita, quam Juſtinianus induxit pro legatis & fideicommiſſis,

ſis, non habet locum in iis rebus, quæ alii ſunt legatæ; & tantum eſt conſtituta in iis rebus, quæ ad heredem pervenerunt, *d. l. 1. communia de legat.* Sed res legata ad heredem non pervenit, quia recta tranſit in legatarium, ut diximus. Ergo hypothecaria hujuſmodi non competit ſuper re legata.

Probant III. Quia ſi a tutore nummis pupilli, ſed ſuo nomine, res emta ſit, pupillus tamen habet dominium rei emtæ, jure quodam ſpeciali, & præterea pignus habet in eadem re: idem eſt in Curatore. Probant utrumque: primum ex *l. ſi tutor, ff. quando ex facto tutoris*, ubi ſi tutor vel curator ex pecunia ejus, cujus negotia adminiſtrant, prædia in ſuum nomen emerit, utilis actio ei, cujus pecunia fuerit, datur ad rem vindicandam. Quod quidem ex ſpeciali jure eſt, quia regulariter res emta non ſuccedit in conditionem pecuniæ, ex qua res comparata eſt, & ideo res ex pecunia mea per alium emta, non fiet mea, *l. ſi ea C. de rei vind.* nec res ex nummis pigneratis emta, erit pignori obnoxia, *l. idemque, ff. qui potior. in pignore*: nec quod ex re furtiva redigitur, furtivum erit, *l. qui vas, in fine; ff. de furtis*, Faber 5. *conject.* 9. Itaque pupillus & minor domini fiunt, & ſpeciali jure, rerum, quæ ex ipſorum nummis, ſed alieno nomine comparatæ ſunt, utpote qui vindicationem in rebus illis habent. Sed ſuper rebus iiſdem habent, & pignus, ſeu hypothecam tacitam ex beneficio legis, ut in *l. idemque, ff. qui potiores in pign.* quod ex conſtitutione Impp. profectum eſſe dicit Ulpianus in *l. ſed ſi pecunia, in princ. ff. de reb. eorum, qui ſub tutela*, juncta *l. ſi tutor, C. de ſervo pignori dato*.

Hoc privilegium de acquirendo dominio rei, quæ ſuis nummis, ſed alieno nomine emta ſit, notant habere locum etiam in aliis perſonis, præter pupillum & minorem. Nam idipſum eſt in milite, *l. ſi ut proponis C. de rei vindicat.* ubi ſi pecunia militis quoddam quis ſuo nomine comparaverit, obtentu, ſeu privilegio militiæ utilis reivindicatio militi impertitur: immo mandati quoque ſeu negotiorum geſtorum actio. Quæ mandati actio etiam pupillo & minori, præter utilem reivindicationem, conceditur in *l. ſi curator, C. arbitrium tutelæ*, in illis verbis minori directis: *Elige utrum malis emtione negotiorum tibi eum* (ſcilicet curatorem) *geſſiſſe*. Quod notandum eſt, nam perperam DD. ea verba de reivindicatione capiunt, etiam Schiferdegherus, cum palam loquantur de actione negotiorum geſtorum. Habet & locum in muliere, quando maritus ex pecunia ſibi ab uxore donata emerit rem aut mobilem, aut ſoli; nam ſi mulier revocet donationem, & res extet, mulier vindicabit utili in rem actione, *l. uxor marito, ff. de donationib. inter vir.* Extendunt etiam in Eccleſia, quæ jure pupilli utitur, Gl. in *d. l. ſi ut proponis*, & *d. l. ſi tutor.*

Huic argumento reſpondetur I. ex Schiferdeghero *loc. cit. qu.* 3. negando majorem propoſitionem, hoc eſt pupillum intelligi factum dominum rei, quam tutor ex ejus nummis, ſed ſuo nomine comparavit; nam ſi intelligeretur ejus rei dominus factus, utique lex ei directam vindicationem concederet, quod tamen non facit, ſed concedit tantummodo utilem, ut habetur ab Ulpiano in *cit. l. ſi tutor, ff. quando ex facto tutoris*: conſtat autem directam vindicationem nulli alteri, quam domino, utilem etiam aliis, *l. fin. C. de reivind. l. in rem, in princ. ff. eod. tit.* Conceditur vero pupillo utilis actio, quia non aliter poſſet pupillus indemnis ſervari, cum tutor ſolvendo non eſt, deficiente directa vindicatione. Quare ſi non eſt ipſe pupillus verus dominus, proximum eſt, ut dicamus, verum dominum eſſe tutorem, qui ſuo nomine emit, juxta reg. *text. in l. ſi ea, C. de reivind.*

Sed huic reſponſioni videtur obſtare Paulus in *d. l. uxor marito, ff. de donationib. inter virum*, ubi uxori in rem a marito, ſuo nomine, ſed uxoris pecuniis emtam, duplex conceditur reivindicatio, utilis, & directa. Nam primo dicitur: *Vindicare directo poteſt:* additur: *Sed nihil prohibet etiam in rem utilem mulieri in ipſas res accommodari*. Ergo licet ab Ulpiano in *d. l. ſi tutor* concedatur pupillo utilis vindicatio, non tamen dicendum eſt, propterea eidem directam actionem negare, quæ ei omnino concedenda eſt: quia favorabilior eſt cauſa pupilli, quam mulieris, cum in *d. l. uxor marito* de dote non agatur, ſed tantum de donatione. Sed hæc nihil obſtant; nam reſpondeo Paulum in *citata lege* non concedere uxori, niſi utilem actionem reivindicationis, de qua in fine loquitur: nam cum

cum de directa vindicatione antecedenter meminit, id dicit, ſolum ut innuat caſum, quo res extet, & conſumta non ſit. Verba enim legis ſunt: *Quod ſi res mulieris permanet, & vindicari directo poteſt*; & ſubdit eo caſu mulieri utilem in rem actionem accommodari, ut facile conſideranti patet.

Reſpondeo II. negando minorem argumenti propoſitionem, in qua Adverſarii volunt, etiam minorem habere jus pignoris in rem, quam teſtator ex pecunia ipſius minoris emit, cum hoc nullo jure conſtitutum reperiatur. Non negaverim tamen, id verum eſſe in pupillo, qui ex privilegio Imperatoris Alexandri hoc habet, ut non ſolum a tutore vindicare rem ita emtam, ut diximus, utili in rem actione poſſit, ſed præterea in ea jus pignoris habet, *l. ſi tutor*, C. *de ſervo pignori dato*. Quod privilegium, cum nominatum indultum ſit pupillo, utique ad minorem non eſt trahendum, ut recte Schilerdegherus *loc. cit. qu. ult.* advertit. Verum eſto, quod de minore etiam intelligi poſſit, non tamen inde fit, pignus in rem ſuam dari, quoniam jam oſtendimus, minori, ſicut nec pupillo, non acquiri rei emtæ ex ſua pecunia dominium.

In re autem ex pecunia pupilli, vel minoris emta, ſciendum eſt ex Cyno in *d. l. ſicut proponis*, C. *de reivind.* & ex Fabro in *juriſprudentia Papin. tit.12. princ.6. illat. 33.* hanc diſtinctionem adhiberi, ut aliud ſit inter perſonam tutoris, aut curatoris, & perſonam extranei. Etenim quando tutor, vel curator ex pecunia pupilli, vel minoris, rem in nomen ſuum emerit, tum datur utilis ad rem vindicandam actio, aut etiam jus pignoris, ut hactenus explicatum eſt. Secus autem eſt in extraneo, qui non ſit tutor, aut curator, ſi ex pecunia pupilli vel minoris, rem ſuo nomine emerit. Hoc enim caſu pupillus, vel minor utilem ad rem vindicandam non habet actionem; nam textus in *d. l. ſi tutor*, *ff. quando ex facto tutoris*, & in *l. ſi curator*, C. *arbitrium tutelæ*, nominatim hanc utilem reivindicationem contra tutorem ipſum, vel curatorem impertiuntur: quocirca eam non habebit minor & pupillus contra extraneum; quo caſu lex eis tantummodo concedit jus tacitæ hypothecæ in rem alieno nomine, ſed ſua ipſorum pecunia emtam, *l. idemque*, *ff. qui potiores in pign. l. ſed ſi pecunia*, *in princ. ff. de reb. eorum qui ſub tutela*, juncta *l. ſi tutor*, C. *de ſervo pignori dato*.

Non eſt demum in hac controverſia omittendum, perperam ab Adverſariis dici dominium, quod ſine traditione acquiritur, jure ſingulari acquiri, veluti cum legatarius fit rei legatæ dominus ipſa juris poteſtate. Nam illud dicitur fieri jure ſpeciali, quod eſt contra regulas juris: at vero contra regulas juris non eſt, ut dominium ſine traditione acquiratur; quare nullum in hac re ſpeciale jus comminiſci, aut conſiderare poſſumus. Nam inter modos communes, & ordinarios acquirendi rerum dominium eſt, quod fit per legem, ut conſtat ex Ulpiano in *fragm. tit. 19.* & in uſucapione, adjudicatione, ceſſione in jure, occupatione, ſpecificatione, confuſione, commiſtione, aditione hereditatis nulla fit traditio, & tamen omnes hi modi ordinario jure nituntur, non etiam ſpeciali, ut patet ex *tit. de acq. rer. dom.* Fab. 14. *conject.* 20. & in *Juriſprudentia Papin. tit.12. princ.5. illat.3.*

De Hypotheca expreſſa.

DISCUSSIO II.

HÆc hypotheca ſolo & nudo conſenſu contrahitur, ſeu per pactum conventum, ad inſtar contractuum, qui conſenſu perficiuntur; quare nec ſcripturam exigit, dummodo per teſtes probetur ita placuiſſe; fiunt enim de his conventionibus ſcripturæ, ut quod actum eſt, per eas facilius probari poſſit, quod tradit Cajus in *l. contrahitur*, *ff. hoc tit.* Eſtque hic unus ex caſibus, in quibus dat actionem Prætor ex pacto, *l. ſi tibi*, *§. de pignore*, *ff. de pactis:* quod videtur introductum ad ſimilitudinem conſtitutæ pecuniæ, quæ quia accedit ad aliam obligationem principalem, ideo ipſa pacto recte contrahitur, *l. 1. §. debitum*, *ff. de conſtituta pecunia*; conſtat autem hypothecam pariter principali obligationi accedere; quare non immerito Prætor in ipſa ex pacto actionem oriri voluit, ut notat Fab. in *Ration. ad d. l. contrahitur*.

Eſt præterea alia ratio; nam hypotheca maxime propter res immobiles inducta videtur, quæ quoniam non ita præſentes ſemper ſunt, ut tradi poſſint, hinc fit eas vix aliter, quam nudo pacto poſſe obligari, maxime

Digitized by Google

me ſi, ut quotidie fit, bona omnia & præſentia & futura obligarentur, *l. & quæ nondum, in princ. &* §. *hoc tit.* Nec moveat, quod etiam olim non erat incognitus uſus clauſulæ conſtituti, qua debitor conſtituit ſe ſuas res, quas ſuo nomine poſſidet, alieno nomine poſſidere, ex quo debitor deſinit poſſidere, & alium poſſeſſorem miniſterio ſuo facit, *l. quod meo, ff. de acq. poſſ.* non tamen inde fit, non fuiſſe neceſſarium inducere, ut hypotheca nullo pacto contrahatur; nam clauſula conſtituti non poteſt locum habere, niſi in rebus iis, quas actu debitor poſſidet; cum e diverſo hypotheca extendatur etiam ad res futuras, quas nondum poſſidemus, *d. l. & quæ nondum*.

Illud mirum eſt, ex hypotheca nudo pacto contracta non oriri jus perſonale, ſed reale ad ipſam perſequendam; quod tamen ex neceſſaria ratione factum eſt; ſi enim hypotheca jus reale non produceret, inanis eſſet, & nullius effectus, cum jus perſonale inſit ex contractu jam ante inito, cui demum hypotheca adjicitur. Cum ergo hypotheca non pariat perſonalem actionem, merito parit realem. Secus ſe res habet, cum agitur de dominio; nam per conventionem oritur perſonalis actio contra promittentem, qui propterea cogitur dominium per traditionem demum transferre, juxta *text. in l. traditionibus, C. de pactis*, ut recte obſervant ibidem Bald. Salyc. & Jaſon.

Maximam tamen dubitationem facit Ulpianus in *l. 1. ff. de pign. act.* ubi non modo hypothecam, ſed pignus etiam contrahi nudo pacto, & ſine traditione docet. Ita enim ait: *Pignus contrahitur non ſolum traditione, ſed etiam nuda conventione, etſi traditum non eſt*. Quod eſt falſum, cum pignus ſit inter eos contractus, qui re geruntur, hoc eſt niſi re tradita initum non cenſetur, §. *creditor quoque, tit. quibus modis re contrahitur obligatio*. Inſuper hæc eſt diſtinctio inter hypothecam, & pignus; nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quæ ſimul etiam traditur creditori, maxime ſi mobilis ſit. At eam, quæ ſine traditione, nuda conventione tenetur, proprie hypothecæ appellatione contineri dicimus, ut verba ſunt Juſtiniani in §. *Serviana autem, de actionib.* Non ergo pignus aliter contrahi poteſt, quam traditione.

Neque dicas, ab Ulpiano pignus capi pro hypotheca. Nam etſi hoc fieri ſolere concedemus, tamen clare Ulpianus in *cit. l.* de pignore in re mobili, & quod pugno traditur, ſermonem habet: Nam ita ſubdit: *Si igitur contractum ſit pignus nuda conventione, videamus ſit quis aurum oſtenderit quaſi pignori daturus, & æs dederit, an obligavit aurum pignori?* Tum reſpondit: *Et conſequens eſt, ut aurum obligetur, non autem æs, quia in hoc non conſenſerunt*. Ex quibus verbis palam eſt, Ulpianum loqui de pignore proprie ſumto, veluti cum obligatur aurum; & tamen vult id pignoris etiam ſine traditione contrahi. Nos tamen dicimus, ex iſtis ipſis Ulpiani verbis ſolutionem difficultatis patere; nam hic ſermo eſt de pignore, non quatenus contractum ſignificat; eum enim concedimus eſſe realem: nec de ipſa re obligationi ſuppoſita, quæ etiam pignus appellari ſolet, *l. 39. ff. de pign. act.* ſed de eo pignore ſermo eſt, quod ipſam obligationem ſignificat, ob quam deinde res ipſa traditur; nam Ulpianus prius dicit eſſe contractum pignus nuda conventione, non ſubdit aurum dari: ubi prius illud eſt obligatio, poſterius iſtud eſt datio, ſeu realis contractus, qui initur ut fiat ſatis ipſi obligationi nudo pacto initæ; adeout, ſi quis oſtendat aurum, quaſi in ſatisfactionem pignoris, hoc eſt obligationis daturus, æſque deinde in dando ſubjiciat, non videtur ſe ab obligatione inita liberaſſe, immo turpiter feciſſe videtur, ut extra ordinem ſtellionatus crimine plecti poſſit: at vero ſi quis jam aurum dedit, & eo dato æs ſubjiciat, furti tenetur, *l. 36. ff. cit. tit.* Errat itaque Salmaſius *de modo uſurarum, cap. 12. pag.* 510. cum putat, verba Ulpiani in *d. l. 1.* corrupta eſſe per Tribonianum in illis verbis, *Et æs dederit*; nam ait, ibi quæſtionem non eſſe de pignoris datione, ſed de ſola conventione. Verum facilis reſponſio eſt, ſi animadvertamus, hic loqui quidem de pignoris conventione, ſed ita, ut ex iſta deinde detur actio ad pignus creditori tradendum; quæ omnia ex jam dictis manifeſta ſunt. Separandus erat contractus perfectus ab impleto. Perficitur pignus nuda conventione: impletur per traditionem. Simile habet de venditione Fab. *dec.* 22. *err.* 4. *num.* 4. His ita poſitis, nonnullæ circa hanc expreſſam hypothecam quæſtiones ſunt diſcutiendæ.

An

An pactum de retrovendendo pariat hypothecam, ſic ut re alienata, poſſit contra tertium poſſeſſorem agi.

DISCUSSIO III.

NOn una hic eſt Doctorum opinio. Primo Alex. *conſ.* 10. *lib.* 1. ait, ſi emtor rem, quam venditori pretio reſtituto, revendere pactus eſt, in alium diſtrahat, tunc venditori non ſuccurri, niſi per actionem perſonalem, qua contra diſtrahentem agatur ad id, quod intereſt: ceterum recte in tertium translatum eſſe dominium, neque tertium iſtum inquietari poſſe obtentu hypothecæ. Nam in eam rem venditor ex pacto retrovendendi nullam acquiſivit hypothecam. Quod Alexandri conſilium aureum vocat Ferdinandus in *l. filiusfam.* §. *Divi*, *n.* 172. *ff. de legat.* 1. Curt. ſenior *conſ.* 12. Anchar. junior *qu.* 13. Fab. in *C. lib.* 4. *tit.* 36. *de pactis inter emt. & vendit. def.* 3. *& de error. pragm. deciſ.* 22. *err.* 10. *& deciſ.* 24. *err.* 1.

Probatur I. a ſimili. Nam pactum de non alienanda re, quam donavi tibi, aut vendidi, aut alio titulo tranſtuli, non impedit, quin ſi eam alienes, in alterum dominium transferatur; nam nemo paciſcendo efficere poteſt, ne prædium alienetur, *l. nemo*, *ff. de pactis*: quod etiam probari volunt ex *l. ea lege*, C. *de condict. ob cauſam*, circa quam tamen magna eſt inter Cujacium, & Forcatulum diſſenſio, ut Gothofredus ibidem notat; communiter tamen receptum eſt, alienationem non obſtante pacto ſibi conſtare, & dominium intelligi translatum in eum, in quem facta eſt alienatio, Boer. *dec.* 49. Gama *deciſ.* 356. Hinc fit, quod poſt alienationem nulla ad rem a tertio recuperandam competat actio, ſed ſolum agatur ad id, quod intereſt, *l. ſi ita quis promiſerit*, §. *ea lege*, *ff. de verb. obl.* quod locum pariter habet in fideicommiſſo per contractum conſtituto cum alienandi prohibitione; nam alienatione facta, fideicommiſſario non actio in rem, ſed ſolum contra alienantem ad id quod intereſt, concedetur, Rota *dec.* 284. *num.* 39. *part.* 6. *in noviſſ.* Surd. *conſil.* 331. *num.* 33. *&* 36. Ex quibus omnibus patet, pactum de non alienando non inducere hypothecam in favorem ejus, in cujus gratiam pactum initum eſt. Ergo a pari, immo multo fortius, non inducet hypothecam pactum de retrovendendo, quod ſolum tacite videtur comprehendere, ne res in alterum diſtrahatur.

Ubi & illud notandum eſt, quod aliquando pactum de non alienando impedit dominii translationem, hoc eſt, quando præter ipſum pactum, adjecta eſt ſpecialis hypotheca pro ipſo paciſcente; tunc enim ob jus in rem ipſam quæſitum, impeditur dominii translatio, ut obſervat Angelus in *d. l. ea lege*, & probat ex Martiano in *l. ſi creditor*, §. *fin. ff. de diſtract. pignus* cujus verba ſunt: *Quæritur, ſi pactum ſit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere, vel pignus, quid juris ſit, & an pactio nulla ſit talis, quaſi contra jus ſit poſita, ideoque veniri poſſit? Et certum eſt nullam eſſe venditionem, ut pactioni ſtetur*. Ex quibus apparet etiam quod ſupra dictum eſt, pactum ſolum de non alienando non prohibere alienationem, niſi hypotheca addatur, cum ex ſe pactum illud hypothecam non inducat, & conſentit *Covarr.* 2. *var.* 15. Quare idipſum erit in pacto de retrovendendo, ut ſcilicet pactum hoc hypothecam non comprehendat, ſed opus ſit eam omnino addere, ut in alium diſtractio impediatur.

Probatur II. ex eo, quod qui emit ſub pacto de retrovendendo, non cogitur retrovendere, ſi poſſit, nec velit, ſed ob non impletam a ſe contractus legem tenetur tantum ad id, quod intereſt venditoris. Ergo ſolum ad id quod intereſt agere, poterit etiam in eo caſu, quo res revendi ſibi non poteſt. Quod ut plene intelligi queat, altius repetendum eſt. Cum quis obligatus eſt, ut vendat, vel ut retrovendat (hæc enim idem ſunt, cum retrovenditio aliud non ſit, quam ſecunda venditio) nondum perfecta venditio eſt, at ne quidem inchoata; nam venditio tunc dicitur perfici, cum conſenſus præſens eſt, hoc eſt, cadit ſuper rem, quæ fiat, non ſuper rem, quæ facienda ſit, ut accidit in promiſſione de vendendo. Unde multum diſtat, an quis vendiderit, an pactus dumtaxat ſit de vendendo, quod fatetur Bartolus, quem communiter ſequuntur in *l. ult. ff. de condict. cauſa data*. Cum ergo quis obligatus eſt ut vendat, vel retrovendat, quia nondum perfecta venditio eſt, imo potius nec inchoata, ideo eam implere pro-

 miſ-

Digitized by Google

miſſor non cogitur, ſed præſtando id quod intereſt, liberatur, ut diſputat Fab. *dec.*22. *err.* 4.

Adde quod venditio eſt facti, *l. conſilio*, §. *ult. ff. de curat. furioſi*. Nemo autem præciſe cogi poteſt ad factum, quia id non poteſt fieri ſine vi & impreſſione, quam ſemper exoſam lex habet. Unde illud jure civili comparatum eſt, ut in omnibus faciendi obligationibus, ſi non fiat id, quod promiſſum eſt, in locum facti ſuccedat obligatio ejus, quod intereſt, *l. ſi quis ab alio*, §. *ult. ff. de re judic.* Quare ſi qui vendere promiſit, rem deinde vendere nolit, ad præciſe vendendum cogi non poteſt.

Quod ſi dicas, qui vendidit rem, quam tradere poſſit, obligatus eſt ut præciſe tradat, nec liberatur, ſi quanti emtoris intereſt præſtare malit, adeout ſi per contumaciam nolit unquam tradere, licet per meram coactionem cogi ad tradendum non poſſit (nam ipſa traditio facti eſt) tamen præter id quod intereſt, dolus ejus æſtimari debet, non quidem per jusjurandum in litem, ſed officio Judicis, *l. ſi traditio*; *C. de actionibus emti*, juncta *l. ſi cum fundum*, §. 1. *ff. de contr. emt.* Fab. 6. *conject.* 17. Ergo idem in pacto de vendendo, ſeu retrovendendo. Sed reſpondemus negando paritatem; nam in venditione bona fides non patitur, ut contractu jam perfecto in poteſtate ſit alterutrius contrahentium non implere contractum, quem implere commode poſſit; ubi ſeparamus contractum perfectum ab impleto. Perficitur emtio ſolo conſenſu: ſed non impletur, niſi ſecuta traditione, per quam non ſolum poſſeſſio, ſed etiam dominium rei venditæ, ſi quod penes venditorem fuit, aut nunc eſt, in emtorem transferetur, *l. ſi quis alienam*, *ff. de actionibus emti*. Hoc autem non habet locum in pacto de vendendo, ubi, ut diximus, venditio adhuc perfecta non eſt: & in pacto de vendendo bona fides non conſideratur, cum non ſit contractus, ſed pactum: quod ſi huic pacto accedat ſtipulatio, nec etiam bona fides locum habebit, cum ſtipulatio ſit contractus ſtricti juris, non bonæ fidei.

Quod ſi iterum dicas, durum videri, adeoque iniquum, venditorem, qui non niſi hac lege rem ſuam venditurus fuerit, privari commodo ſuæ conventionis, & pro re ſua pecuniam recipere compelli, *l. non enim*, *ff. rerum amot.* nam certum eſt pactiones valere, quas quis adhibet in rei ſuæ alienatione, *l. ult. C. de rer. permut.* præſertim quia credere oportet, venditorem non aliter fuiſſe alienaturum, *l. ei fundo*, *ff. de ſervit. l. venditor*, *ff. communia prædiorum*. Reſpondetur tamen concedendo utilem eſſe pactionem, ut ex ea agi poſſit nulla etiam interveniente ſtipulatione, cum ſcilicet pactum in ipſo contractu, & venditione oppoſitum eſt, quo caſu non cenſetur nudum, ſed venditionis jam contractæ cohærentia veſtitum, ut propterea pactum ipſius contractus pars quædam exiſtimetur, quare non poteſt non eſſe efficax ad agendum; verumenimvero non inde ſtatim conſequitur, ut qui promiſit ſe retrovenditurum, retrovendere præciſe compellatur, ut nec compellitur, ſi per ſtipulationem ita convenerit: nam pacti utilitas illa ſufficit, ut ex eo competat actio præſcriptis verbis, aut ex contractu ipſo ad id, quod intereſt, quæ alioqui ex pacto nudo competere nulla poſſet.

Itaque, ut concludamus, ſicut quoties revendi poteſt, ſed revendere emtor nolit, non datur actio ulla in rem ipſam, adeoque nec hypothecaria, ſed ſolum perſonalis contra ipſum emtorem ad id quod intereſt: ita pariter non competet hypothecaria, cum res ipſa ab emtore in alterum eſt diſtracta, nec reddi poteſt, etiamſi velit. Illud notandum, in hac perſonali actione ad id, quod intereſt, haberi etiam rationem fructuum, qui poſt moram percepti ſint, *arg. text. in l.* 2. *C. de pactis inter emtor.* juncta *l.* 1. *ff. de act. emti*, & *l. ſi traditio C. eod.*

Probatur III. quia ſi eadem res pluribus ſeparatim, & quod eſt conſequens, diverſis temporibus vendita ſit, non præfertur prior emtor, cum res poſteriori prius tradita proponitur; ſed hic poſterior omnino rem retinebit, *l.* 15. *C. de reivind.* adeout prior emtor non habeat ullam actionem ſive realem, ſive perſonalem, contra ſecundum emtorem, ſed ſolam actionem perſonalem contra venditorem ipſum, ut coerceatur pœna falſi, *l.* 21. *ff. ad leg. Cornel. de falſis*. Ergo multo magis in noſtro caſu, is qui vendidit ſub pacto de retrovendendo, non habebit actionem hypothecariam ſuper re in alterum diſtracta, eique tradita, ſed ſolam actionem perſonalem in diſtrahentem. Dixi, multo magis, quia hic res eadem non eſt duobus vendita,

dita, ſed ſolum priori promiſſa retrovenditio eſt, ſed poſteriori actu vendita, immo tradita.

Hæc ſententia vera eſt, etſi alii in contrarium nitantur, alii varie diſtinguant: de quibus jam eſt videndum. Itaque nonnulli contendunt, ex pacto de retrovendendo naſci hypothecam contra tertium poſſeſſorem, ut primus omnium docuit Paulus Caſtrenſis in *l. ſi cum venderet*, *ff. de pign. act.* quem ſequuntur Bald. *conſ.* 201. *num.* 2. *lib.* 4. Jaſ. *conſ.* 128. *lib.* 4. Capyc. *dec.* 182. *n.* 7. latiſſime Fontanella *deciſ.* 79. & alii apud Merlinum *lib.* 2. *tit.* 2. *qu.* 98. ubi *n.* 19. de æquitate hanc opinionem prævalere poſt alios teſtatur.

Moventur I. ex Ulp. in *d. l. ſi cum venderet*, *ff. de pign. act.* ubi ſermo eſt de pacto interpoſito a creditore pignus diſtrahente, ut debitori quandocunque pretium offerenti emtor id reſtituere teneatur: & concluditur, dandam ipſi debitori actionem non ſolum pigneratitiam adverſus creditorem, ut cedat eam actionem, quam ex pacto ſibi quæſivit contra emtorem, ſed habere etiam ex pacto ipſo adverſus emtorem in factum actionem, imo etiam utilem reivindicationem. Ergo idipſum dicendum eſt de eo caſu, quo quis vendidit ſub pacto de retrovendendo eam rem, quam poſtmodum emtor in alium alienaverit, ſive ante, ſive poſt oblatum a priore venditore pretium, poſterior alienatio facta ſit; hoc eſt, ut venditor ex eo pacto acquirat in rem non modo actionem hypothecariam, ſed etiam utilem reivindicationem. Ex quibus ita poſitis concludit Caſtrenſis, pacti de retrovendendo eam vim & poteſtatem eſſe, ut utile dominium transferat in ipſum venditorem, in cujus gratiam pactum eſt appoſitum, utpote cui inde utilis reivindicatio quæratur. Docet ulterius, pactum iſtud in eo differre a lege commiſſoria, & a pacto addictionis in diem, quod ex pactis illis non utile dumtaxat, ſed etiam directum dominium ipſo jure, & citra ullam traditionem transferatur, quia tendunt ad contractum reſolvendum, ex quo directum illud dominium fuerit translatum.

Ergo ſicut re non alienata per emtorem, venditor in eam obtinebat utilem reivindicationem, ob utile dominium, quod ex pacto retrovendendi acquiſierat; ita idipſum eſt contra tertium poſſeſſorem, quoties res diſtracta, & alienata proponitur: propterea quod non poteſt alienatio fieri, niſi cum ſua cauſa: & apud Noſtros dicitur, quod reſoluto jure datoris, ſolvi etiam neceſſe ſit jus acceptoris, *l. lex vectigali fundo*, *ff. de pignor. l. debito*, §. *ult. ff. de pign. act.*

Verum hæc nihil urgent. Negamus enim paritatem; nam conventio illa, quæ inter creditorem pignus jure ſuo diſtrahentem, & pignoris emtorem facta proponitur in *d. l. ſi cum venderet*, *ff. de pign. act.* ut ſcilicet liceat debitori quandocunque pretium offerenti, rem recipere; hæc, inquam, conventio non tam perſonam emtoris efficere videtur, quam rem ipſam alienatam. Solerter enim attendenda ſunt verba Ulpiani, quibus hujuſmodi pactum initum proponit, & hæc ſunt: *Si ſolveret debitor pecuniam pretii emtori, liceret ei recipere rem ſuam.* Utique verba illa, *Recipere rem ſuam*, nullo modo poſſunt innuere actionem perſonalem, ſed ſolum actionem, quæ detur in rem. Propterea recte Ulp. concludit, debitorem, oblato pretio, poſſe ex vi pacti vindicare rem, utpote quæ *ſua*, hoc eſt debitoris in pacto fuit appellata; præſertim, cum illud, *ſua*, referatur non ad tempus venditionis a creditore factæ, ſed ad tempus redemtionis, quæ a debitore facienda erit. Quocirca conventio ita concepta eam hic vim habet, ut pignus, quod venditum fuit, oblato poſtea per debitorem pretio, pro non vendito habeatur, ut accidit in lege commiſſoria, in pacto addictionis in diem, & etiam in ſpecie *l. ſi a te*, *C. de pactis inter emtorem*. Porro nihil ex his eſt in caſu noſtræ quæſtionis, ubi omnia diverſa ſunt; nam cum inter emtorem & venditorem convenit, ut eandem rem venditori quandocunque, aut intra certa tempora pretium reſtituenti, retrovendere emtor cogatur, hæc verborum formula non dirigitur directo ad ipſam rem, nec eam ita afficit, ut pro inemta haberi debeat; id enim tantum agitur hujuſmodi pacto ita concepto, ut emtoris perſona obligetur ad retrovendendum. Propterea nulla venditori dari poteſt reivindicatio ad venditionem reſcindendam, ſed ea ſubſiſtet, nec reſolvetur.

His explicatis, apparet decipi omnino Fabr. *dec.* 22. *err.* 29. cum putat textum Ulpiani in *d. l. ſi cum venderet*; eſſe turpiter fœdatum & corruptum a Triboniano, a quo

quo ſcilicet putat adjectam de ſuo fuiſſe integram hanc clauſulam : *Sed & ipſe debitor aut vindicare rem poterit, aut in factum actione adverſus emtorem agere*. Ait ergo Faber, hanc deciſionem a certiſſimis & notiſſimis juris regulis abhorrere; nam quod ad vindicationem pertinet, hæc nullo modo debitori in hoc caſu dari poteſt, quia creditore pignus utiliter diſtrahente, hoc eſt ſervatis ſolemnibus, & nihil ſit, quod prohibeat, aut vitiet diſtractionem, ſtatim dominium pignoris tranſit in emtorem, licet creditor, qui alienavit, non fuerit dominus, §. 1. *Inſtitutionib. quib. alienare licet*, *l. quia creditore*, *C. de pignor.* Ergo non poteſt debitor contra emtorem habere actionem realem; nam abſurdum eſt, ut vindicatio ulla ſive directa, ſive utilis, adverſus dominum detur, contra quem nec Publiciana datur, niſi certis caſibus, *l. pen. ff. de Publ. in rem act.* Nec movetur Faber, quod conventio addita ſit, nimirum ut debitori oblato pretio liceat pignus recipere; nam ait, hanc pactionem non poſſe niſi actionem perſonalem producere.

Sed jam ex dictis patet quid Fabro reſpondendum ſit, qui dum Triboniani errores deprehendere conatur, ipſe errat, & mentem Ulpiani non aſſequitur: quandoquidem pactum in *d. l. ſi cum venderet*, eo tendit, ut pignus pro inemto habeatur ipſo jure, cum debitor pretium obtulerit: nam dictum fuit, *Ut liceret ei recipere rem ſuam*: ubi illud, *recipere rem*, & illud, *ſuam*, aperte innuunt, paciſcentes egiſſe de actione reali, ſeu vindicatione, quæ quidem poſt pignoris diſtractionem per creditorem factam a debitore acquiri non poteſt, niſi pignus dicatur inemtum.

II. Moventur Adverſarii ad aſſerendum, ex pacto de retrovendendo induci hypothecam, ex reſponſo Papin. in *l. creditor*, §. *poſt diviſionem*, *ff. qui potior. in pignor.* unde colligere nituntur, pactum de retrovendendo eam vim habere, ut pignoris conventionem, & obligationem per æquipollentia verba inducat.

Quod omnino falſum eſt, ut recte obſervat Fabr. *dec.* 24. *err.* 1. nam pactum de vendendo, de quo Pap. eo loco tractat, non illud eſt, quo quis promittat ſe alteri venditurum, ſed quo quis alteri permittat, ut ipſius promittentis rem diſtrahat; nam ſpecies ita habent, quis cum fratre ſuo in judicio familiæ erciſcundæ ita pactus eſt, ut niſi frater pignus contractum liberaſſet, liceret alteri fratri partem rerum, quæ priori ex diviſione pervenerant, alienare. Itaque hic de alio non convenitur, niſi ut quis permiſſu domini, rem alienam vendere poſſit, quæ permiſſio multum diſtat a promiſſione vendendi; nam promiſſio perſonam promittentis obligat, permiſſio vero non tam perſonam afficit, quam rem ipſam, cujus diſtrahendæ jus creditor nanciſcitur. Quod probatur ex eo, quia aliter creditor rem alienam diſtrahere non poteſt, niſi antecedenter pignus contractum intelligeretur: non enim nomen ſolum, aut jus creditoris in eam rem ſatis eſſet, ut ex eo conſtat, quod tum etiam cum debitor jam condemnatus eſt, non prius a creditore ejus bona in judicati executionem diſtrahi poſſunt, quam in iis jus pignoris in beneficium creditoris ſtatutum ſit per primum decretum, ſive per capionem judiciali auctoritate factam, *l. a D. Pio ff. de re judic.*

III. Moventur ex *l. creditores*, *C. de pignor.* Quæ nihil ad rem facit; nam ibi agitur ſolum de pacto, quo convenit, ut creditor ingredi poſſit propria auctoritate poſſeſſionem bonorum debitoris; quod nihil commune, aut ſimile habet cum pacto de retrovendendo: nam hoc in perſonam, illud in rem videtur conceptum: nec proinde mirum videri debet, ex illo pacto induci hypothecam, non etiam ex iſto. Nam utique creditori non licebit ingredi poſſeſſionem bonorum debitoris, niſi prius ea bona habeat obligata.

Supereſt nunc, ut examinemus opinionem eorum, qui diſtinguunt. Ajunt enim videndum eſſe, utrum ſecunda venditio facta ſit ante moram a primo emtore in retrovendendo admiſſam, an poſt moram. Dicitur mora ab emtore commiſſa, ſi venditor jam obtulit ei pretium, inſtando ut retrovendat: iſte autem non modo non retrovendit, ſed rem in alterum diſtrahit: quo caſu docent, primo venditori competere actionem contra ſecundum emtorem. At ſi antequam primus venditor pretium offerat, hoc eſt ante moram, emtor rem diſtraxerit, volunt tunc nullam actionem contra ſecundum emtorem dari. Atque eo modo has diſcordantes opiniones conciliant, præcipue ut Caſtrenſis ſententiam tueantur, quæ rei vendicationem

Digitized by Google

nem contra tertium poſſeſſorem concedit.

Hæc diſtinctio parvi facienda, & rejicitur a Fabro *dec.* 22. *err.* 10. *num.* 5. nam ſive ante moram, ſive poſt moram, facta ſecunda venditio ſit, ſemper verum eſt, translatum eſſe dominium a primo venditore in primum emtorem, rurſuſque a primo emtore in ſecundum: nec a ſecundo emtore ad primum venditorem unquam rediiſſe: nec proinde ei, qui dominus non ſit, competere poſſe vindicationem. E contrario ſemper verum eſt, ex pacto de retrovendendo, naſci tantummodo actionem perſonalem, quæ ejus natura eſt, ut non competat, niſi contra eum, cum quo contractus, ſeu pactum initum eſt; nec unquam datur contra tertium rei poſſeſſorem, ut notiſſimæ juris regulæ ſtatuunt; nimirum ut actio perſonalis nunquam ſequatur ſingularem ſucceſſorem, *l. ult. ff. de contr. emt. l.* 1. §. *ſi heres, ff. ad Trebell.* mora enim unius efficere non poteſt, ut contractus a perſona ejus, cum quo initus eſt, in perſonam alterius transferatur. Ergo neque illud faciet, ut perſonalis obligatio, quæ primum emtorem obſtrinxit, extendatur ad obſtringendum eodem vinculo ſecundum emtorem.

Nec ſane mora ſecundi venditoris nocere poteſt ſecundo emtori, ut patet ex eo, quod ſupra innuimus, ſcilicet, quod licet venditor ille eandem rem retrovendidiſſet primo venditori, necdum tamen tradidiſſet, potior tamen in cauſa dominii haberetur ſecundus emtor, cui res tradita ſit, ex reg. in *l. quoties, C. de reivindic.* Nemo enim dixerit, plus juris habere debere primum venditorem ob moram a primo emtore in retrovendendo commiſſam, quam ſi retrovenditio ipſa facta eſſet.

Ita pariter rejicienda eſt diſtinctio illa, quam nonnulli proferunt, an ſecundus emtor initum ſciverit, an potius ignoraverit. Nihil enim commune habet illius ſcientia cum jure dominii, aut actionis perſonalis, aut hypothecæ; & ſemper verum erit, dominium eſſe translatum in ſecundum iſtum emtorem, & pactum eſſe perſonale, cum ſolo primo emtore initum. Quare advertendum eſt, ſcientiam, adeoque malam fidem, & dolum, non afficere rem, ſed perſonam dumtaxat, & quidem ejus ſolius, qui dolo malo quid admiſit, non etiam illius, qui a doloſo comparavit, quam in rem eſt textus apertiſſimus in *l. dolus*, C. *de reſcind. vendit.* vide Fabr. *dec.*7. *err.*3.

Tandem in quantum ad praxim, pro evitandis his omnibus controverſiis, illud obſervari ſolet, ut in venditione cum pacto retrovendendi addatur expreſſa bonorum obligatio & hypotheca; tunc enim putant communiter ex ea agi poſſe a venditore adverſus tertium bonorum poſſeſſorem, Magon. *deciſ.* 80. *n.*30. Borgninus *dec.*16.*num.*10. Gyriac. *contr.*308. *n.*61. *cum ſeq.*

Utrum bona fideicommiſſo ſubjecta poſſint hypothecari

DISCUSSIO IV.

DUo omnino ſunt caſus, qui in hac controverſia generaliter diſtinguuntur: Prior eſt, ſi ab eo, qui onus fideicommiſſi injunxit, non eſt expreſſe addita alienandi prohibitio, itaut hæc prohibitio tacite tantum inſit ex onere reſtituendi heredi injuncto in favorem fideicommiſſarii: quod quidem onus inducit legalem alienandi prohibitionem. Ita erit ſi teſtator ſimpliciter dicat, heredis mei fidei committo, ut bona mea reſtituat Cajo. Alter caſus eſt, quando præter hanc tacitam legis prohibitionem, adeſt expreſſa teſtatoris prohibitio, qui bona fideicommiſſo ſubjecta alienari vetet. Ex hac caſuum diſtinctione varie reſpondendum eſt; ſed præ omnibus advertendum eſt, quæſtionem non eſſe de fideicommiſſo puro, quod ſtatim reſtitui debeat, in quod hypothecam nullam contrahi poſſe certum eſt: ſed eſſe de fideicommiſſo, quod ex adventu diei, vel conditionis pendeat, veluti ſi dictum ſit. Rogo ut reſtituat poſt mortem ſuam, vel ſi navis venerit; tunc enim pendente die, aut conditione, inquiritur, an liceat gravato hypothecam in iis bonis contrahere, quæ tamen duret ad id ſolum tempus, quo dies advenerit, vel conditio purificetur, & non ultra, ex regula Quod reſoluto jure datoris, reſolvitur jus acceptatoris, *l. lex vectigali*, *ff. hoc tit*. Sit ergo

Concluſio I. Quando adeſt tantum fideicommiſſum ſine ulla expreſſa alienandi prohibitione, licitum eſt pendente die, aut conditione, res fideicommiſſo ſubjectas pignori, vel hypothecæ dare. Ita Soccinus junior *conſ.*198. *num.*5. *lib.*1. Fuſar. *de ſub-*

ſtit

ſtit. qu.693. num.18. & qu.703. n.1. Peregr. *de fideicom. art.40. num.112.* Neguſ. *hoc tit. part.2. membro 2. n.31.*

Probatur I. ex *d. l. lex vectigali*, ubi ſermo eſt de fundo vectigali alteri conceſſo ſub ea lege, ut ſi poſt certum tempus vectigal ſolutum non eſſet, is fundus ad dominum rediret; & tamen Scævola ait, fundum hunc pignori dari poſſe, ſic ut pignus conſiſtat, donec fundus ob non ſolutum vectigal ad dominum redeat. Facit etiam textus in *l. ſi is cui, §. heres, ff. quemadmodum ſerv. amitt.* ubi ſi heres fundo ſub conditione legato imponat ſervitutem, ſervitus tenet, & non extinguitur, niſi legati conditio exiſtat; idque ex regula, quæ ait, Plerumque fit, ut etiam ea, quæ a nobis poſſunt abire, perinde in eo ſtatu ſint, atque ſi non eſſent ejus conditionis, ut abire poſſint, *l. plerumque, ff. de reg. juris*.

Probatur II. quia res fideicommiſſo ſubjectæ poſſunt vendi & donari, antequam fideicommiſſum exiſtat: ergo multo magis poterunt hypothecari. Probatur antecedens ex *l. ſervo legato, §. 1. ff. de legat. 1. ex l. fin. §. fin. ff. de legat. 2.* & ex *l. generaliter, §. ſi cum legatum, ff. de fid. libertatib.* ibi: *Si ſub conditione ſit ei libertas relicta, & pendente conditione alienata ſit, attamen cum ſua cauſa alienetur*; hoc eſt alienatio valet, ita tamen ut conditione exiſtente, ſervus libertatem conſequatur. Unde communiter docent, hanc alienationem pendente conditione non poſſe interim per ſubſtitutum revocari. Immo & cenſum valide ſuper bonis fideicommiſſo ſubjectis conſtitui, probat Cencius *de cenſib. part. 1. cap.2. qu.1. art.6. n. 1.* Duardus in *eod. tract. tit. de re cenſui ſubjugata, §. 1. qu. 7. n. 54.* Ita poſſe in ſolutum dari creditori, tradit Fuſar. *qu.696.*

Probatur III. ratione, quia pendente conditione nullum jus fideicommiſſario videtur quæſitum, cum conditio nihil ponat in eſſe, idem eſt ſi dies pendeat. Unde quatenus ſit nulla obligatio & alienatio, nullitas non oritur, ſeu reſultat ex nunc, hoc eſt ex tempore factæ diſtractionis & pignoris, ſed ex tunc, nimirum ex tempore adventus conditionis vel diei: quare interim actus habet implicitum ſtatum validitatis ex textu in *d. l. lex vectigali*.

Objicies ex *textu in auth. res quæ, C. commun. de legat.* ex quo res, quæ ſubjacent reſtitutioni, prohibentur alienari, vel obligari, ex *§. quamobrem, auth. de reſtit. & ea quæ parit*. Ex quo textu permotus Angelus *ibid. in princ. num. 2.* generatim tradidit, bona fideicommiſſo ſubjecta non poſſe, neque etiam conditione pendente hypothecæ, vel pignori dari, quem ſequutus eſt Alex. in *l. ſi conſtante, num. 28. ff. ſol. matr.* & alii, qui docent, per illum textum corrigi reliqua omnia jura, quæ in contrarium adducuntur. Confirmant idipſum ex *l. fin. §. ſin autem, C. commun. de legat.* in illis verbis: *Melius quidem faciet, ſi & in his caſibus careat ab omni conditione, [illegible] hypotheca.*

Pro reſponſione ſciendum eſt, in *d. §. quamobrem* nullum legi expreſſum verbum, quo prohibeatur alienatio vel obligatio eorum bonorum, quæ reſtitutioni, ſeu fideicommiſſo ſubjecta ſint; tantum ex mente legis id collegiſſe Irnerium, cum hanc prohibitionem expreſſit in *d. auth. res quæ.* Collectionis ratio eſt, quia Juſtinianus impertitur alienationem aut obligationem, cum agitur de dote, & donatione propter nuptias; quia ergo exceptio firmat regulam in contrarium, & incluſio unius eſt excluſio alterius, ideo his duobus caſibus exceptis, in reliquis omnibus vetita hypotheca, & diſtractio intelligetur. Quæ quidem veriſſima ſunt, ſed nihil contra nos; quia ex his reſponſio argumentum patet; nam cujus generis eſt exceptio, ejuſdem eſt regula; quapropter cum Juſtinianus ibi ſermonem habeat de alienatione, vel hypotheca irrevocabili, ut eſt ea, quæ fit ex cauſa dotis, vel donationis propter nuptias reſtituendæ, & (ut DD. addunt) etiam conſtituendæ: propterea prohibitio cadet etiam in diſtractione, & pigneratione irrevocabili, quæ nimirum per caſum reſtitutionis non revocatur. Quod nos quidem ultra concedimus: cum enim dicimus pendente fideicommiſſo poſſe bona oppignerari & diſtrahi, id ita capimus, ut hæc omnia in fideicommiſſi reſtitutione evaneſcant, ut jam notavimus ex *d. l. lex vectigali, ff. hoc tit.* cum aliis ſupra citatis. Ita Merlinus *lib.1. tit.3. q.6. n.4.*

Quod vero ſpectat ad *text. in d. l. fin. §. ſin autem*, reſpondemus verba ita eſſe concepta, ut conſilium tantum innuant, veluti dicendo, *Melius quidem faciet, &c.* quod utique non neceſſitatem legis, ſed conſilii arbitrium demonſtrant; eo præſertim, quia Juſti-

Digitized by Google

Juſtinianus in *ead. leg.* hæc ſubdit : *Sciat quod conditione impleta ab initio cauſa ad irritum revocetur :* quæ verba ſatis docent, interim pendente fideicommiſſi conditione aut die, hypothecam & diſtractionem ſubſtineri, cum dicatur ad irritum revocari tunc, cum reſtitutio facienda eſt.

II. Concluſio, ſi præter fideicommiſſum, adſit expreſſa alienandi prohibitio, tunc non ſolum alienatio prohibita dicitur, ſed etiam hypotheca, ut plene ex communi opinione, Fuſar. *qu.* 554. Alciat. in *l. alienationis, in princ. ff. de verb. ſignif.* Rodoanus *de reb. Eccleſiæ non alien. qu.* 1. Peregr. *de fideic. art.* 40. *num.* 118. Ratio concluſionis aperta eſt, quia etſi olim ſtricta fuerit alienationis appellatio, tamen hodie ex *l. ſancimus, C. de reb. alienis non alienandis* ſtatutum eſt, porrigi non ſolum ad translationem, ſeu deſitionem dominii, ſed etiam ad uſusfructus dationem, hypothecam, pignoris nexum, ſervitutis impoſitionem, & emphyteuſis contractum : idque ſive alienationis nomen prolatum proponatur a lege, ſive a teſtatore, pacto contrahentium, ut latius deduximus ad *l.* 1. *C. de bonis maternis, part.* 3. Unde ajunt, prohibita alienatione, intelligi prohibitum omnem actum, per quem ad ipſam perveniri poſſit, etiam mediate, DD. in *l. filiusfam.* §. *divi, ff. de legat.* 1. & in *d. l. ſancimus*. Propterea neque etiam fideicommiſſi die, aut conditione pendente, hypotheca valebit, quia ſtatim initio ipſo jure eſt nulla, ut recte notat Seraphinus *dec.* 757. *n.* 3. *& ſeq.*

Verum perplurima ſunt, quæ hic DD. cumulant pro reſtrictione hujus concluſionis, quæ breviter examinanda ſunt. Quæritur ergo, an bona prohibita alienari veniant ſub generali hypotheca.

I. Sunt qui generaliter affirmant venire, ex *cap. nulli, de reb. Eccleſiæ non alien.* ubi alienationis nomine continetur ſpecialis hypotheca, ut propterea videtur innui generalem hypothecam ſub eodem nomine non comprehendi, neque prohiberi; maxime quia in generali hypotheca minus præjudicium infertur domino, quam in ſpeciali, ut patet ex eo quod, qui ſpeciatim ſervum hypothecæ ſuppoſuit, nequit deinde ſervum de manu mittere : quæ tamen manumiſſio non denegatur ei, qui generalem hypothecam contraxit, *l. ſi quis obligatus, ff. qui ſine manum. ad libertatem, l.* 3. *C. de ſervo pignori dato*, & notat Gloſ. in *cap. quamquam, diſt.* 23. Ita poſt alios Covar. 2. *var.* 16. Redoanus *de reb. Eccleſ. q.* 2. *cap.* 6. Molina *de contract. diſp.* 466. *num.* 2. & communiter Can. in *d. cap. nulli*.

II. Alii diſtinguunt inter prohibitionem alienationis ſub pœna, veluti ſi ſubſtitutus, ſeu fideicommiſſarius ſtatim alienatione facta vocaretur, & inter prohibitionem citra pœnam; itaut velint hoc caſu bona in generalem hypothecam venire ex rationibus jam adductis; ſecus vero in illo primo caſu: quod probant tum ex mente teſtatoris, qui pœnam addendo videtur ſtrictiſſime ligare gravatum heredem, ne ullo pacto alienet : tum etiam ex mente alienantis, qui in dubio, hoc eſt univerſaliter loquendo, non eſt cenſendus ſe ad pœnam obligare voluiſſe; itaut non videatur generaliter hypothecare, quæ ſpecialiter non hypothecaſſet; veluti non comprehenduntur in generali mandato ea, quæ quis in ſpecie non conceſſiſſet, *l.* 1. *ff. de muner. & honor. l. uxorem*, §. *feliciſſime, ff. de legat.* 3. Quæ diſtinctio eſt ex mente Bart. in *l. codicillis*, §. *inſtituto*, *n.* 3. *ff. de legat.* 2. qui ait, ſub generali hypotheca non comprehendi bona prohibita alienari, ne pœna contrahatur; quare videtur ſentire, ea bona comprehendi, quoties nulla pœna appoſita eſt. Sequitur Gabriel *tit. de reg. jur. concl.* 12. *nu.* 38. Peregr. *conſ.* 50. *lib.* 4. Cyriac. latiſſime *contr.* 222. *num.* 56. *cum ſeq.* Merlinus *loc. cit. quæſt.* 7. *num.* 14.

Id tamen reſtringunt, cum qui generali hypothecæ ſua bona ſubjecit, non habet, niſi ea, quæ alienari prohibita ſunt : tunc enim ne verba ſint inania, cenſeretur illa ipſa obligaſſe, & pœna committeretur, ut præter Gabr. & Peregr. ſupracitatos, docet Petraſancta *ſing.* 35. etſi Theſaur. *deciſ.* 193. *num.* 3. æquitate motus, ne hæc pœna committatur, dicat generalem hypothecam hoc caſu cadere non ſuper bona ipſa alienari prohibita, ſed ſuper fructus, & ſuper bona, quæ quis deinceps acquiſitus ſit, ut etiam decidit Rota *deciſ.* 489. *num.* 7. *part.* 4. *in noviſſ.*

III. Alii generatim ajunt, bona alienari prohibita, ſive pœna adjecta ſit, ſive non, non poſſe ullo modo obligari, neque etiam ſi generalis hypotheca ſit, ut docet poſt alios

Digitized by Google

alios Steph. Quaranta in *ſumma bullarum, v. alienatio*. Quæ ſententia verior eſt, & non obſcure colligitur tum ex *d. l. ſancimus C. de reb. alienis*, tum etiam ex *Extr. ambitioſe*, in quibus generatim nulla facta diſtinctione, ſub nomine alienationis, ſive a jure, ſive ab homine prolato, ſemper comprehenditur hypotheca: & ubi lex non diſtinguit, neque nos diſtinguere debemus. Idipſum affirmat ratio ex definitione alienationis deſumta, quæ eſt, ut ſit dominii, vel juris translatio, aut deſitio, ut latius a nobis dictum eſt in *d. l.* 1. *C. de bonis maternis*: ſed hujuſmodi eſt hypotheca quæcumque, etiam generalis; qua re ſub prohibitione alienationis continebitur.

Neque in contrarium oppoſita refragantur; nam conjectura deſumta ex *cap. nulli, de reb. Eccleſ.* excluditur, & elevatur per alias juris conſtitutiones, in quibus, ut diximus, ſine ulla diſtinctione hypotheca quæcunque prohibetur, ut prohibetur quæcunque alia juris impoſitio & onus. Quod vero ajunt de ſervo, generali hypothecæ ſubjecto, & valide manumiſſo, reſpondetur hic duo eſſe conſideranda: primo id introductum eſſe favore libertatis, ob quam multa in jure noſtro ſpecialia permittuntur; quare non idem eſſet, ſi debitor ſervum illum vendat: ſecundo id intelligi, quoties in fraudem creditoris manumiſſio non cedat, quod eſt, ſi debitor etiam manumiſſo ſervo reperiatur ſolvendo, & adſint alia bona, ſuper quibus creditoribus fieri poſſit ſatis, ut patet ex *l.* 1. *C. eod. tit. de ſervo pignori dato*. Illud tamen concedimus, per hypothecam generalem permitti venditionem, quæ tamen tendat ad augendum patrimonium per commercium, non etiam eam, quæ diminuat: nam qui generaliter omnia bona obligavit, poteſt vendere fructus & pecudes; ne impediatur rem ſuam agere!, Mynſ. in §. *item Serviana*, *Inſtitutionib. de act.* per text. in *l. qui tabernas*, *ff. hoc tit.* Afflict. *dec.* 6. Merlin. *lib.* 1. *qu.* 45. & *lib.* 2. *q.* 46.

Ex quibus rejicitur I. eorum opinio, qui diſtinguunt inter hypothecam odioſam, & favorabilem. Odioſam vocant eam, quæ fiat in pœnam & in odium certæ perſonæ, quo ſub nomine alienationis hypothecam nolunt comprehendi: quare licet accuſatus de crimine capitali, ex quo bona ſint confiſcanda, nequeat alienare, tamen oppignerare & ſpecialiter ſua bona poterit. Favorabilem e diverſo appellant, quæ privilegio in alterius favorem tendat, veluti ſubſtituti, aut fideicommiſſarii, creditoris, & ſimilium: tunc hypothecam non poſſe contrahi docent. Unde in *l. ſi pupillorum*, §. *ſi pater*, *ff. de reb. eorum*, prohibitio alienandi comprehendit etiam hypothecam, ut poſt Gl. tradit Cyn. Bald. & alii in *d. l. ſancimus*, *C. de reb. alien.* Alex. *conſ.* 29. *num.* 51. *lib.* 2. Ant. Fanenſis *de pignor. part.* 2. *memb.* 3. *num.* 69. Tiraqu. 1. *de retract.* §. 1. *gl.* 18. ubi tamen alios refert, qui hanc diſtinctionem impugnant, docentes ſemper hypothecam prohibitam cenſeri; quia ſemper verbum alienationis generale eſt, & ad omnes hypothecas ſe extendit, uti diximus. Vide Alciat. in *l. alienationis*, *ff. de verb. ſignif.* & Quaranta *loc. cit.*

Rejicitur II. ſententia eorum, qui diſtinguunt inter prohibitionem alienationis in contractu factam, & inter factam in ultimis voluntatibus, ut in iſtis alienationis nomen etiam hypothecam comprehendat, in illis non item. Pro qua tamen re clarius percipienda ſit.

Utrum alienationis nomen in contractu appoſitum & hypothecam comprehendat.

DISCUSSIO V.

QUoniam hæc quæſtio maxime pro emphyteuſi proponitur, propterea ſciendum eſt, in jure noſtro emphyteutæ non omnem prohiberi alienationem, ſed tantum venditionem domino irrequiſito, ut in *l. cum dubitabatur*, *C. de jure emphyteutico*: ideo fundum concedens, ut ſibi plenius caveant, ſolere in emphyteuſis contractu expreſſe apponere, ne alienari poſſit. Quæſtio modo eſt, utrum hoc caſu liceat emphyteutæ fundum oppignerare. Etſi enim Alex. in *l. lex vectigali*, *ff. eodem*, Angelus in *auth. de reſtitutionibus & ea quæ parit*, Berous *conſ.* 127. *num.* 12. & *ſeq. lib.* 1. aliique voluerint, ex legibus etiam, emphyteutæ pignus, vel hypothecam prohiberi; hæc tamen opinio falſa eſt: moventur enim ex *auth. hoc jus*, & ex *auth. qua res*, *C. de Sacroſ. Eccl.* in quibus apertis verbis Juſtinianus vetat, pignori, aut hypothecæ res emphyteuticas concedi; qui ta-

Digitized by Google

tamen textus palam de Æconomo Eccleſiæ loquuntur, cui non ea adminiſtrandi facultas conceditur, quæ emphyteutæ; propterea ex illo ad hunc trahi nullo modo poſſunt: quare certum ſit, ex legum diſpoſitione licitam eſſe emphytheutæ oppignerationem, quando aliter pacto conventum non eſt. Solum ergo dubium eſt, cum pacto eidem alienatio prohibetur.

Et quidam diſtinguunt duos caſus. Primo ſi ſimpliciter alienatio prohibita ſit, quo caſu emphyteutæ hypothecam permittunt. Secundo ſi generaliter omnis alienatio prohibeatur; nam tunc etiam oppignerationem illi prohibitam volunt. Ita poſt alios Merlinus *lib.* 1. *tit.* 11. *q.* 8. *n.* 7. & 36. Quæ diſtinctio nullo modo ferri poteſt, cum notiſſimum ſit, propoſitionem indefinitam æquipollere univerſali; quare tantundem eſt dicere, Prohibeo alienationem, quam Prohibeo omnem alienationem; quocirca ſi hoc caſu hypotheca non permittitur, neque etiam illo permittenda erit.

Alii vero generatim affirmant, emphyteutica bona, prohibita alienatione, poſſe hypothecari etiam irrequiſito domino, Bart. & Caſtr. in *l. tutor* §. *ult. de pigner. act.* Alex. in *l. ſi conſtante*, *num.* 25. *cum ſeq. ff. ſol. matr.* ibique Crotus in *lect. num.* 94. Fachin. 3. *contr.* 98. Menoch. *conſil.* 662. *num.* 2. aliique communiter. Itaque circa verbum alienandi diſtinguunt, monetque ſtrictius ſumi, cum in contractibus appoſitum eſt, ubi hypothecam non comprehendit, latius vero accipi in ultimis voluntatibus, in quibus ad eam quoque extenditur; quia ſcilicet lex majori favore voluntates morientium proſequitur, quam contractus, in quibus ſtricta interpretatio fit, Covarr. 2. *variar.* 16. *n.* 7.

Probant I. ratione, quia pacta prohibentia alienationem debent regi a ſua cauſa, ob quam ſunt appoſita, quæ cauſa hic eſſe non poteſt, niſi jus directi dominii, cujus gratia domino, cum agitur de emphyteuſis alienatione, debetur aut prælatio, ſi etiam ipſe emere velit; vel certe laudemium, ſi nolit emere. Sed hypotheca emphytheuſis nullum omnino præjudicium infert aut prælationi, aut laudemio. Ergo pacta prohibentia alienationem hic non comprehendunt hypothecam, ſed ſolum eos actus, ex quibus transfertur dominium. Præſertim cum hypotheca hoc caſu non deſerviat creditoribus, niſi ad perceptionem fructuum, qui eſſent ipſius emphyteutæ: nec duret, niſi ad id uſque temporis, quo emphyteuſis ad dominium directum revolveretur, ut ex Rota *diverſ. deciſ.* 4261 *num.* 4. *part.* 1. Franch. *deciſ.* 226. *num.* 3. Surd. *deciſ.* 286. *ſub num.* 12. Oſaſch. *dec.* 156. *n.* 9.

Probant II. ex legibus, quia in *d. l. tutor.* §. *fin. ff. de pign. act.* expreſſe dicitur, vectigale prædium pignori dari poſſe, hoc eſt, uſque eo dum revertatur ad dominium, ut in *d. l. vectigali ff. hoc tit.* Prædium autem vectigale eſt, ex quo ſolvitur cenſus Principi, ſicut ex emphytheuſi ſolvitur annuus canon homini privato; quocirca a fortiori emphyteuſis poterit oppignerari, non obſtante prohibitione alienationis.

Hanc concluſionem varie explicant, & producunt I. ut hypotheca contrahi poſſit etiam domino non requiſito, quod eſt contra Bart. in *d. l. tutor*, §. *ult.* idque ex duplici ratione: primo, quia cum conſenſus domini obtinetur, nullum eſt dubium, poſſe emphyteuſim non ſolum oppignerari, ſed etiam vendi, ut in *d. l. cum dubitabatur*, *C. de jure emphyt.* Deinde, quia tunc dominus directus requiri, & rogari debet, cum eſt timor caducitatis, ut vocant, hoc eſt ne ob pœnam emphyteuſis devolvatur ad dominum: quæ pœna nunquam incurritur per hypothecam, ſed ſolum per venditionem. Unde communis opinio eſt, quod ſi emphyteuſis fuerit conceſſa ſub expreſſo pacto, ne hypothecetur, & eo non obſtante emphyteuta hypothecet, non propterea incurritur pœna caducitatis, ſed ſolum hypotheca eſt nullius momenti, Corbula *de privatione ob alienationem*, *lim.* 33. Amic. *de jure emphyt. qu.* 14. Neguſ. *hoc tit. part.* 2. *memb.* 3. *n.* 79. *cum ſeqq.* Itaque cum in hypotheca de pœna caducitatis non agatur, non opus eſt, ut requiratur domini conſenſus, niſi forte ob majorem cautionem, ut ait Specul. *de jure emphyteutæ rect.*, *qu.* 122.

Producunt II. in meliorationibus, quæ fiant in emphyteuſi, quas ἐμπονήματα Græce vocat *text. in d. l. cum dubitabatur*, & in *l. ſi quos*, *C. de decurionibus*, *lib.* 10. etiamſi in caſu devolutionis ex pacto ad directum dominium pertineant, cum non debeat melior eſſe conditio acceſſorii, quam ſit ipſius rei principalis. Quin etiam emponemata vendi interim poſſe, docet Rota *deciſ.* 294. *n.* 7.

Digitized by Google

n.7. part.1. in noviſſ. quod ſequitur Merlinus *loc. cit. num.29.* Sed hoc, quod de venditione dicunt, nullo modo recipi poteſt, cum aperte adverſetur *text. in d. l. cum dubitabatur*, ubi aperte, nec emponemata vendi poſſe ſtatuitur.

Producunt III. etiam in emphyteuſi Eccleſiaſtica, quæ nullum in quantum ad hanc rem privilegium habet, Mantica *de tacit. lib. 11. tit.4. n.25.* Cyriac. *contr.205. n. 220.* Gratian. *diſcept. cap.43. n.8. cum ſeq.*

Inquantum vero ad extinctionem hujus hypothecæ, notant nonnulla, nimirum quod licet extinguatur, ut diximus, quando emphyteuſis devolvitur ad dominum, vel ob canonem non ſolutum, vel ob lineam finitam, aut quavis alia de cauſa; tamen creditoribus ſalvum jus remanet ſuper meliorationibus, quæ ut a domino refici debent ipſi emphyteutæ, ita peti a creditoribus poſſunt, qui habent hypothecam in emphyteutæ bonis; dummodo excipias eum caſum, quo meliorationes ex pacto ad dominum directum pertinerent poſt devolutionem, Rota *dec.502. part.3. in noviſſ.*

Sed ſi emphyteuſis redeat ad dominum, non jure devolutionis, ſed ex aliquo contractu, puta emtionis, permutationis, donationis, utique pignus non diſſolveretur: nam tunc non venit ad emphyteuſim ut directus dominus, ſed ut quilibet alius contrahens, Franch. *dec.226. num. 4.* ubi etiam notat, quod ſi dominus veniret ad emphyteuſim jure prælationis, licet eo caſu rem emat, tamen quia veniret jure dominii, ideo docet reſolvi pignus, ut etiam poſt alios tradit Oſaſchus *dec.156. num. 14.* Quod ſatis notabile eſt.

Hæc eſt communis opinio circa quæſtionem ab initio propoſitam, poſſe ſcilicet emphyteuſim hypothecæ ſupponi, quoties ejuſdem alienatio eſt prohibita; tamen ſi meminerimus ea, quæ ſupra deduximus in diſcuſſione antecedenti *concluſ. 2.* palam falſam eſſe, comperiemus; demonſtravimus enim alienationis nomen ſemper hypothecam comprehendere etiam, ſi in contractibus appoſitum ſit. Ecce tibi verba Juſtiniani in *l. ſancimus*, C. *de reb. alienis non alienandis: Sancimus ſive lex alienationem inhibuerit, ſive teſtator id fecerit, ſive pactio contrahentium hoc admiſerit, &c. vel hypothecam, vel pignoris nexum penitus prohiberi.* Qua ergo fronte dicere poſſumus alienationis nomen in contractibus appoſitum hypothecam non complecti? cum hic expreſſiſſimis verbis dicatur, hypothecam penitus prohiberi, alienatione prohibita, etiam quando pacto contrahentium facta alienationis prohibitio eſt.

Ad rationes vero Adverſariorum facilis reſponſio eſt. Cum enim dicunt, ex hypotheca rei emphyteuticæ nullum ſequi præjudicium contra dominum directum, quia nec prælatio, nec laudemium eo caſu locum habet; reſpondemus hic non agi de præjudicio, ſed de voluntate domini concedentis emphyteuſim; dominus enim poteſt rei ſuæ quamcunque conditionem, legem, ſeu pactum apponere, etiamſi conditio illa, lex, pactum, nullam utilitatem domino allaturum ſit, & contraventio nullum præjudicium, *l. ult. C. de rerum permut. l. ei fundo, ff. de ſervit. l. venditor, ff. communia prædior.* Hinc eſt, quod poteſt quis jubere, bona in mare dejici, etſi ex projectione nullam utilitatem percepturus ſit; ſatis eſt enim ita voluiſſe, *l. Mævius, ff. de condit. & demonſtr.* Sed ut ſtrictius cum Adverſariis agamus, proferemus exemplum in feudo, ex cujus hypotheca certum eſt nullum præjudicium Regi, aut alii domino directo inferri, ut nullum etiam infertur ex hypotheca emphyteuſis; & tamen certum eſt in feudo hypothecam non ſubſiſteri, cum in eo quæcunque alienatio prohibeatur, ut expreſſim habetur in *cap.1. tit. de prohib. alienat. per Lotharium, cap. licet vaſallus, in fine, tit. ſi de fundo defuncti*, Afft. in *conſtitut.* noſtri Regni, quæ incipit, *Conſtitutionem divæ memoriæ, num.81.* Et ratio eſt, quia in his caſibus, ut diximus, voluntas attendenda eſt, non præjudicium, aut utilitas. Voluntas autem prohibendi hypothecam in emphyteuſi aperte patet ex prohibitione alienationis, quando ſub hoc nomine etiam a contrahentibus expreſſo hypotheca comprehenditur, *d. l. ſancimus*. Nec obſtat, hypothecam devolutione emphyteuſis ad dominum diſſolvi; nam etiam quæcunque alia alienatio eodem caſu diſſolveretur, & nihilominus alienatio fieri non poteſt: ergo nec hypotheca.

Neque iterum obſtat, fundum vectigalem poſſe hypothecari, nam reſpondemus *d. l. tutor*, & *d. l. lex vectigali*, nihil conſtare de fundi vectigalis prohibita alienatione: poteſt

teſt enim fieri, ut fundus vectigalis naturam habuerit fundi emphyteutici, in quo ex lege non eſt prohibita omnis alienatio, ſed ſolum venditio, ut diximus ex *l. cum dubitabatur*, *C. de jure emphyt.* quare ſicut emphyteuſis ex lege etiamnum poteſt hypothecari, ita etiam olim potuerit fundus vectigalis. Quæſtio vero natura eſt, cum expreſſe ex contrahentium conſenſu additum eſt, ne emphyteuſis alienetur, quod ipſum fuiſſe in vectigali fundo conventum non apparet.

II. Reſpondemus, olim jure Digeſtorum alienationis nomen ſtrictius accipi ſolitum, nec comprehendiſſe hypothecam, ut patet ex *l. alienationis*, *ff. de verb. ſign.* Juſtinianum vero ejus ſignificationem ampliaſſe etiam ad pignus & hypothecam, patet ex *d. l. ſancimus*, quæ privatim pro hypotheca lata ab Imperatore videtur; & certe ea nova ſanctione non fuiſſet opus, ſi etiam Digeſtorum tempore alienationis ſignificatio ita late patuiſſet, uti a Juſtiniano ibi in Codice diſponitur. Propterea nihil mirum eſt, ſi olim fundus vectigalis, etiam poſito, quod ex pacto alienari prohibitus fuerit, potuerit tamen hypothecari. Hodie vero ſecus eſſet ex nova Juſtiniani lege. Proinde Adverſariorum argumentum nullum eſt, dum inde concludunt, emphyteuſim alienari prohibitam poſſe hypothecæ ſupponi, ex quo etiam generalem regulam faciunt, alienationis nomen in contractibus ad hypothecam non extendi, quod eſt, ut diximus, contra expreſſa Imperatoris verba in *d. l. ſancimus*.

Illud tamen non inviti admittimus, quod tradunt de hypotheca ſive etiam alienatione inter comprehenſos. Dicuntur comprehenſi, quicunque ad emphyteuſim vocati ſunt, velut ſi conceſſa ſit tibi, & deſcendentibus uſque ad quartum gradum, iſti deſcendentes videntur comprehenſi. Docent ergo, poſſeſſorem emphyteuſis poſſe comprehenſis iſtis eum fundum non modo hypothecare, ſed etiam in ipſos alienare, non obſtante quacunque prohibitione. Ita communiter Doctores poſt Menoch. *conſ.1094. num. 16.* & Rotam *diverſorum dec.284. num.2. part.1.*

De lege Commiſſoria pignori adjecta.

DISCUSSIO VI.

VUlgo DD. poſt Gloſſ. in *l. 1. C. de pactis pignorum*, *v. creditoribus*, docent legem commiſſoriam in pignoribus, proprie loquendo, intelligi, cum verba ita concipiuntur, ut intra certum tempus, pecunia pro luendo pignore a debitore non ſoluta, pignoris dominium ipſo jure cenſeatur in creditorem translatum, veluti dicendo, pignus ſit creditoris jure dominii, intelligatur ei venditum, cedat ei in ſolutum, aut ſimili alio modo. Nam ſi hæc translatio dominii in creditorem non fiat ipſo jure, ſed facto ipſius debitoris, tunc dicetur lex commiſſoria improprie, puta ſi pignus intra diem ſtatutum non reluatur, res detur in ſolutum a debitore ipſi creditori. Sequitur Bartol. in *l. quamvis num. 1. ff. de ſolut.* Surd. *deciſ.248. num.1.* & alii communiter.

Pignus ita contractum appellabatur Fiducia, & a Cujacio ad 2. *ſententiarum Pauli*, *tit.13.* ita definitur: Eſt fiducia pignus, quod creditori mancipatur, aut in jure ceditur, ea lege, ut ſoluta ad diem pecunia remancipetur; non ſoluta, creditori pleno jure committatur.

Ita per pignus non tranſit dominium, per fiduciam tranſit, Iſidorus 5. *orig.* Et probatur ex Paulo *loc. cit.* §. *debitor*, ubi *Debitor creditori fiduciam vendere non poteſt, ſed aliis, ſi velit, vendere poteſt, itaut ex pretio ejuſdem pecuniam offerat creditori, atque ita remancipatam ſibi rem emtori præſtet*. Et ex eodem Paulo *3. ſent. tit.6.* ubi legatis ancillis non veniunt, quæ fiduciæ datæ ſunt. Nempe quia debitoris non ſunt, ut ibidem Cujacius ait. Ceterum ſervi pignori, vel hypothecæ dati, debentur, *l. ſuos autem*, *ff. de legat.3.*

Olim tamen lex commiſſoria in pignore erat, cum pignus mancipabatur, vel quod effectu idem erat, cedebatur in jure creditori per debitorem; his enim modis pignoris dominium ſtatim in creditorem transferebatur: verum addebatur pactum, quod lex commiſſoria dictum eſt, ut ſoluta ad diem pecunia per debitorem, creditor teneretur vel remancipare pignus, vel in jure retroce-

Digitized by Google

cedere: pecunia vero non ſoluta, creditori pignus pleno jure commiſſum intelligeretur. Unde legis commiſſoriæ nomen perfluxit: quippe lex hic nonniſi pactum ſignificat, quod idcirco lex dictum eſt, quia pactum legem dat contractui, *l.1. §. ſi convenit, ff. depoſiti*, *l. contractus*, *ff. de reg. juris*, *l. legem*, C. *de pactis*. Commiſſoria vero dicitur ex illis verbis, *Creditori pignus pleno jure commiſſum intelligeretur*. Itaque legem commiſſoriam dicere debemus, nunquam vero pactum legis commiſſoriæ, quod perinde eſſet, ac ſi pactum pacti commiſſorii diceres, quod eſt abſurdum; etſi ita loquatur Innocentius in *cap. ſignificante*, *de pignoribus*.

Id quod diximus, manifeſte patet ex lege commiſſoria, quæ in venditionibus adhibetur; nam vendo tibi prædium, & trado, hoc eſt ſtatim in te prædii dominium transfero, at ſi pretium a te mihi certo tempore non fuerit ſolutum, prædium ſit inemtum, *l.1. ff. de lege commiſſoria*. Ita ergo in pignore ſtatim creditori conceditur pignoris dominium per mancipationem, quæ olim habebatur ut venditio, vel per ceſſionem in jure, at pecunia ad certam diem ſoluta, pignus remanciparetur, vel retrocederetur. Idque etiam dicebatur fiducia, ut dictum eſt, quia fidem habebat debitor ſibi dominium pignoris reſtitutum iri, Cujacius ad Paulum *lib.2. ſent. tit.13.* qui inſcriptus eſt de lege commiſſoria, §. 1. Fab. 21. *err.1.*

Hæc vero lex commiſſoria in pignoribus improbata fuit ab Imperatore Conſtantino in *l. fin. C. de pact. pign.* quia creditores facile pelliciebant debitorem, ut rem magni pretii pro exiguo debito manciparet propoſito fiduciæ, ſeu remancipationis remedio, quo deceptus debitor, ſibi perſuadebat, parum ſua intereſſe, plurisne, an minoris pignus eſſet, quippe quod tanto facilius redhibitum iri ſperaret, quanto minor foret pecuniæ quantitas, pro qua pignus datum fuiſſet. Et licet accidere poſſit, ut pignus quandoque ſe pecuniæ creditæ æquet, lex tamen adaptatur ad ea, quæ frequentius accidunt, *l. nam ad ea*, *ff. de legib.* Adde, quod creditores olim non facile mutuo pecuniam ſuam credebant, niſi mancipatio interceſſiſſet. Et id eſt, quod ait Conſtantinus, *Creſcente legis commiſſoriæ aſperitate.*

Hæc de vera lege commiſſoria, ut olim erat. Ea vero, quæ hodie in uſu eſt, nimirum, niſi debitor pignus luat intra certum tempus, pignus ſit creditoris jure dominii, eſt quoque improbata ab Innocentio III. in *cap. ſignificante*, *de pignorib.* ibi: *Cum igitur pactum legis commiſſoriæ ſit in pignoribus improbatum*. Idque verum eſt, ſive lex iſta commiſſoria ſit propriis verbis concepta, ſive ſimilibus propriorum, Surd. *dec.* 217.*n.*11.

Quæritur tamen I. quid juris ſit, cum lex commiſſoria eſt jurejurando munita? Et Abbas in *d. cap. ſignificante 3. notab. num.* 4. Neguſ. *part.* 4. *num.* 3. aliique apud Seraphin. *de juram. priv.* 131. docent, jusjurandum eſſe ſervandum; quia jusjurandum etſi de ea ratione interpoſitum fuerit, quæ legibus non probetur, tamen quia ſine diſpendio & detrimento ſalutis æternæ violari non poteſt, propterea ſervandum eſt: quod patet ex eo, quia conventiones illas omnes, contra Senatuſconſulti Macedoniani, aut Vellejani, aut legis Juliæ prohibitionem factas, & alias hujuſmodi ſexcentas a jure civili improbatas, jus tamen Pontificium paſſim tuetur, ratione illa generali, quod hujuſmodi juramenta non vi, non dolo, ſed ſponte præſtita, nec in alterius præjudicium redundent, nec obſervata vergant in diſpendium ſalutis æternæ, *cap. cum contingat*, *de jurejur. cap. quamvis pactum*, *de pactis*, *in* 6. Volunt itaque ſupracitati DD. legem commiſſoriam juramento firmari, & juramentum eſſe obſervandum, quod etiam probant ex *d. cap. ſignificante*, in illis verbis: *juramenti debitum adimpleuit*.

Alii vero magis communiter tradunt, legem commiſſoriam non confirmari, utpote quæ odio creditoris & uſurarum ſit prohibita, ut propterea juramento firmari non poſſit, quod non eſt vinculum iniquitatis, *cap. non eſt obligatorium*, *de reg. jur. in 6.* valere tamen jusjurandum, & omnino ſervandum eſſe, ad perjurii crimen evitandum, niſi impetrata ſit abſolutio, Covarr. in *cap. quamvis pactum*, 2. *parte relectionis*, §. 3. *num.* 3. *var.* 2. *num.*7. Merenda 1. *contr.* 3. *num.*4. Guid. Papa *qu.*6. Hi ergo ita generaliter circa materiam jurisjurandi diſtinguunt, quod ſi pactum eſt quidem a lege prohibitum, tamen non eſt iniquum, tunc ipſum pactum, alioquin nullum & illegitimum

mum, juramento confirmatur, ut in fundi dotalis obligatione aut alienatione per mulierem facta, de qua in *d. cap. cum contingat*, itemque in pacto de non ſuccedendo, de quo in *d. c. quamvis pactum*. At quando pactum eſt legibus odioſum, eſt iniquum, aut fovet peccatum, tunc peccatum iſtud jurejurando non confirmatur: at vero jusjurandum prodeſt ad perjurii exceptionem inducendam, hoc eſt, ſi qui juravit, veniat contra ſuum juramentum, poſſit à convento opponi illum eſſe perjurum, ut accidit in lege commiſſoria pignoribus adjecta.

Hujus diſtinctionis præcipui effectus duo ſunt. Prior eſt, quia cum jusjurandum non firmat contractum, ſed ſolum perjurii exceptionem inducit, ad id vitandum ſatis eſt, quod obligatus impetret abſolutionem a vinculo jurisjurandi, quæ concedi ſolet ab Epiſcopo aut ejus Vicario facillime, nec citata parte, nec adhibita ulla cauſæ cognitione: impetratur autem ad finem agendi. Poſt vero hanc impetrationem, nulla ad contractum reſcindendum opus eſt in integrum reſtitutione, quia quod nullum prorſus eſt, reſcindi nullo modo poteſt, *l. 5. §. 1. ff. de injuſto rupto*, *C. de prædiis minorum*. Secus eſt, quando religio jurisjurandi contractum alioquin prohibitum, confirmat; neque enim tunc ſatis eſt abſolutionem impetraſſe, ſed neceſſarium præterea eſt auxilium reſtitutionis in integrum ad contractum reſcindendum, quæ reſtitutio nunquam concedi poteſt, niſi cauſa cognita, vocatiſque omnibus, quorum intereſt.

Poſterior eſt, quod cum contractus jurejurando firmatur, non tantum is, qui juravit, tenetur ex eo contractu, ſed ipſius quoque heres, & ſucceſſor: quia vinculum contractus eſt reale, & eapropter obligat omnes, qui in contrahentis jura ſuccedunt, nec ob id ſolum fieri irritum poteſt, quod deceſſerit is, qui juravit. At vero, ſi jusjurandum ſolum vinculum perjurii inducit, tunc quia jurisjurandi vinculum mere perſonale eſt ex parte jurantis, nec niſi jurantem obligat, ut ſi contra faciat, perjurus eſſe videatur; ideo ad ſucceſſores non tranſit, *cap. veritatis*, *de jurejur.* Vaſquez *de ſucceſſ. creat. lib. 3. §.28. num. 14.* Coraſ. in *l. frater a fratre*, *num.73. ff. de condict. indebiti*, etſi iſti putent nunquam jusjurandum actum jure invalidum firmare, ſed ſolum perjurii exceptionem parere, quod eſt contra textus in *d. cap. cum contingat*, & *dicto cap. quamvis pactum*, ut in *Inſtitutionibus Canonicis lib. 3. tit. de pactis*, & *tranſact.* notavimus.

At vero Faber *dec.21. err. 8. num.4.* ſingulariter putat, in lege commiſſoria pignori adjecta, jusjurandum neque etiam perjurii exceptionem inducere. Quod probat ex eo, quia improbandæ hujus pactionis, & legis commiſſoriæ ratio alia non eſt, quam quod implicat contradictionem, cum fieri nequeat, ut ejuſdem rei pignus & venditio ſimul contrahatur, aut contracta unquam intelligatur. Sed jusjurandum non obligat ad impoſſibile, & ad ea, quæ contradictionem implicant: ergo hoc caſu jurisjurandi nulla eſt auctoritas. Probat etiam, quia, ut DD. volunt, lex commiſſoria continet uſurariam pravitatem: ergo jurisjurandi obſervatio in hoc caſu non eſt citra præjudicium & diſpendium ſalutis æternæ: & per conſequens nullo modo obligat: nam tunc obſervari juramentum debet, cum ejus violatio animæ periculum inducit, ut in *citat. capit.* patet: maxime, quia in numero impoſſibilium ea quoque ponuntur, quæ tametſi de facto impleri poſſint, facta tamen vel bonos mores læderent, vel leges, *l. conditiones*, *cum l. ſeq. ff. de condit. inſtitut.* Imo Faber ipſe *dec. 41. err.5. num.2.* putat jurejurando non confirmari contractus, niſi in caſibus expreſſis in *d. cap. cum contingat*, & *d. cap. quamvis pactum*, quas conſtitutiones ad alios diverſos caſus extendi poſſe negat, ne inde captetur occaſio legum omnium violandarum, prætextu adhibiti jurisjurandi: unde ſupra *err. 4.* idem Faber docuerat, donationem a patre factam filiofam. etiam cauſa matrimonii non valere, nihil jurejurando obſtante; nam inter patrem & filium donatio impeditur ob vinculum patriæ poteſtatis, quod obſtat, ne qua inter patrem & filiumfam. obligatio contrahatur, *l. ſive emancipati*, *C. de donat. l. 2. C. de inoff. donationib.* nec etiam, ſi alioquin juſtiſſima contrahendæ obligationis cauſa intercedat, ut in ſpecie textus in *l. Imperator*, *ff. ad Trebell.* Ideo autem jus patriæ poteſtatis affert hoc impedimentum, quod faciat ut patris & filii una eademque perſona eſſe exiſtimetur, *l. ne cum filiofam. ff. de furtis*: fieri autem nequeat, ut idem ſibi ipſi obligetur, vel qua alia ratione debitor ſimul fiat, & creditor, *l. heres a debito-*

Digitized by Google

bitore, §. *ſervo ſuo*, & *ſeq. l. debitor*, *ff. de fidejuſs. l. Stichum*, §. *aditio*, *ff. de ſolut.* Hinc ergo Faber concludit, juramentum facere non poſſe, ut donatio filiofam. collata valeat, faceret enim impoſſibile, & quod implicat contradictionem, ut ſcilicet idem ſibi ipſi obligaretur, idem eſſet in eadem re debitor, & creditor, ſeu debitor ſui ipſius. Conſtat autem jus patriæ poteſtatis eſſe venerabile non ſolum legibus civilibus, ſed etiam Pontificiis, quæ nunquam ſtatuunt hoc jus per jusjurandum tolli. Habet ergo in hoc caſu locum regula juris Pontificii, quæ negat impoſſibilium ullam eſſe obligationem, nec ſi millies jurata proponatur. Verum de hac quæſtione latius diximus in *tract. de donationib.*

His tamen minime obſtantibus, non eſt recedendum ab eorum opinione, qui docent, legem commiſſoriam etſi jurejurando non firmetur, tamen parere exceptionem perjurii, niſi impetrata prius fuerit abſolutio. Id patet evidentiſſime ex Innocentii S. Pontificis reſcripto in *d. cap. ſignificante*, *de pignor.* ubi habetur, ideo Civem Piſanum non teneri ex lege commiſſoria, quia *Quantum in eo fuit* (verba textus ſunt) *juramenti debitum adimplevit*, hoc eſt, quia per debitorem Piſanum non ſtetit, quominus intra dictam diem pecuniam ſolveret; dederat enim eam certo nuncio deferendam, quam tamen nuncius infideliter agens non perſolverat. Inde ergo habetur, tanquam ſi jurijurando feciſſet ſatis. Quod aperte demonſtrat, jurisjurandi religionem in lege commiſſoria obligare. Et quamvis deinde S.Pontifex ſubjungat, *Pacto tali*, *vel juramento nequaquam obſtante*; tamen id dicit, non quia jurisjurandi nulla ibi ratio habeatur, aliter enim ſibi contradiceret textus; ſed quia debitor jam videbatur, quantum in ipſo erat, jusjurandum adimpleviſſe; & propterea ejus exceptio jurisjurandi amplius non obſtabat.

Neque in contrarium facit, quod contractus iſte ſit uſurarius; nam reſpondemus uſuras ipſas, ſi cum juramento promiſſæ ſint, ſolvendas eſſe, ne juramentum contemtum videatur: verum tamen eſt, poſtmodum uſuras eſſe reſtituendas ipſi debitori, qui ſolvit, ut aperte diſponitur in *cap. debitores*, *de jurejur.* Quæ duo docent; primo uſurarium contractum, quo nihil eſt odioſius, juramento non confirmari, cum peccatum foveat; ſecundo ipſum juramentum eſſe ſervandum, niſi abſolutio petatur: quod ſi abſolutio non petatur, uſuræ ſolventur quidem, ut juramentum impleatur, ſed ex impleto repetuntur, quaſi ſolutæ ſine cauſa, ut ex *d. cap. debitores*, advertit Portius in §. *extraneis*, *Inſtit. de hæredum qualitate.* Ergo multo magis ſervandum eſt jusjurandum in caſu legis commiſſoriæ pignori adjectæ, quæ non niſi per ſimilitudinem quandam videtur gravitatem uſurariam complecti: nam uſuræ proprie in ſolo mutui contractu eſſe intelliguntur, ut in *tit. de uſuris*.

Neque iterum obſtat, quod implicet contradictionem pignus ſimul eſſe cum venditione, ut velle videtur lex commiſſoria; nam etſi ultro concedamus, jusjurandum nihil omnino operari, ubi rei impoſſibili additur, cum nullo modo fieri poſſibile, quod per rerum naturam impoſſibile eſt, poſſit; negamus tamen legem commiſſoriam quidquam, quod impoſſibile ſit, continere. Nam aut loquimur de jure antiquo, aut de jure novo, & in neutro caſu hanc implicantiam reperiri dicimus: quippe olim lex commiſſoria non erat, niſi venditio, ſeu mancipatio rei pigneratæ, quæ venditio concipiebatur ſub conditione reſolutiva, hoc eſt eam reſolvi, cum pecunia creditori intra ſtatutam diem perſolvebatur: nullo autem modo erat pignus, niſi nomine tenus. Quod probatur ex eo, quia ſi contradictionem implicaſſet, ut quidem vult Faber, nunquam lex commiſſoria fuiſſet permiſſa: nam quod eſt impoſſibile ex ſui natura, nullo tempore poteſt eſſe poſſibile; & nihilominus certiſſimum eſt, quod ante conſtitutionem Conſtantini in *l. ult. C. de pactis pignorum*, lex commiſſoria fuit permiſſa & licita; quocirca non eſt impoſſibilis. Neque verum eſt, ab Imperatore fuiſſe deinde prohibitam, quod implicaret contradictionem, cum id falſum ex ipſo textu appareat, ubi aperte dicitur, fuiſſe prohibitam, *creſcente aſperitate*, hoc eſt, quod quicunque ſuas mutuo dabant pecunias, ſub alia conditione nollent eas dare, quam lege commiſſoria, ut ita pignus lucrarentur, pro minori aut etiam minima ſumma pecuniæ creditæ, ut ſupra explicatum eſt.

Quod ſi de jure novo ſermo ſit, neque etiam ulla apparet contradictionis implicatio:

Digitized by Google

tio: nam ſunt diſtincta tempora pignoris, & venditionis: nam pignus purum eſt uſque ad certam diem inter contrahentes ſtatutam: poſt vero diei adventum, & creditum non ſolutum, pignus tranſit in puram venditionem: hoc eſt, contractus pignoris reſolvitur, & novus contractus venditionis initus intelligitur. Itaque etſi verum ſit, pignus & venditionem, ſi ſimul & eodem tempore fiant, implicare contradictionem: tamen aliud eſt, cum pignus uno tempore, venditio alio tempore fiat, ut clare patet.

Cum vero Faber addit, donationem paternam jurejurando non confirmari, quia per jusjurandum patria poteſtas non tollitur, id quoque falſum eſt; nam in rebus ſpiritualibus patria poteſtas negligitur, quod patet ex *cap. fin. §. fin. de judiciis, in 6.* ubi in cauſis beneficiorum, aliiſque, quæ ſpirituales ſunt, filiusfam. in judicium venire, & agere poteſt etiam ſine patris conſenſu, qui conſenſus alioqui jure patriæ poteſtatis exigeretur. Ergo etiam negligenda eſt in caſu noſtro, ubi agitur de jurejurando, quod ſpirituale eſt, & vinculum animæ, *cap. etſi Chriſtus, de jurejur.* Neque facit, quod Portius *loc. cit.* ait, hic agi de donatione, quæ ſpiritualis non eſt; nam quam faciliime reſpondetur, donationem, de qua tractamus, non eſſe ſimplicem, ſed juratam; & ſatis eſt ipſum jusjurandum illi adnexum eſſe ſpirituale: uti etiam jus patronatus, quia eſt ſpiritualitati adnexum, ſpirituale cenſetur, *cap. quod autem, de jure patronatus*. Præterea jusjurandum eſt de jure divino, ex quo ſervandum eſt; patria poteſtas eſt de jure civili: ſed jus divinum eſt potentius, jus civile debilius: ergo hoc illi cedere debet; ut propterea in caſu donationis paternæ filius habendus ſit tanquam emancipatus, & non ſolum valebit & ſervandum erit jusjurandum, ſed præterea ipſa donatio confirmabitur, ex regula ſuperius tradita, quod quæ peccatum non fovent, etſi jure prohibita, tamen jurejurando confirmantur.

Hinc colligitur, non eſſe audiendum Fabrum, cum ait, jurejurando non confirmari contractus, niſi in caſibus a jure expreſſis, qui duo omnino ſunt, hoc eſt, cum filia dote recepta hereditati paternæ renunciat, & cum mulier bona dotalia alienat & obligat; nam etſi textus in *d. cap. cum contingat*, & *d. cap. quamvis pactum*, illos duos tantum caſus exprimant; tamen ratio, quam addunt, univerſalis eſt, nempe juramenta ſine vi & dolo ſponte præſtita cum in alterius præjudicium non redundant, tunc obſervari debere, ne perjurium vergat in diſpendium ſalutis æternæ, eoque inde contractus ipſos confirmari.

Quæritur II. de lege commiſſoria adjecta pignori, quod datur ob cauſam dotis, utrum valeat? Puta, vir facto caſu reſtitutionis ſoluto matrimonio, pignora uxori tradit, addito pacto, ut niſi ad certam diem reluat, cedant in ſolutum uxori: aut contra, uxor pro dote, quam viro promiſit, pignora tradit, ſub hac lege, ut viri fiant, dote intra certum tempus non ſoluta.

Et communis reſponſio eſt, etiam in his caſibus legem commiſſoriam improbari, ut nullum ſit in hac parte dotis privilegium, Neguſ. *part.4. num. 2. & 7.* Covar. 3. *variar.* 2. Surd. *dec.*248. *num.* 12. Et probatur ex *l. quamvis ff. de ſolutionib.* ubi maritus pro reſtitutione dotis, quam acceperat, prædia obligavit, hac lege, ut diremto demum matrimonio, dotem non reſtitueret uxori, ſed pro ea, prædia obligata in ſolutum daret; & reſpondet Ulpianus virum ad hanc dationem in ſolutum non teneri, & ſatis eſſe, ſi vir offerat dotis quantitatem. Ex quo apparet, dotem hoc caſu nullo privilegio frui, ſed haberi inſtar reliquarum rerum, in quibus datio in ſolutum hoc modo concepta non valet, *l. 1. C. de pactis pignorum*.

Poſſet tamen dici, hæc procedere, quando pactum iſtud eſt interpoſitum favore uxoris, nec habere locum quando eſt favore ipſius mariti, ut ſcilicet non ſoluta ſibi dote promiſſa, pignus ſibi acquirat; ita ut hic favorabilior ſit cauſa viri, quam uxoris, ex eo, quod ille portat onera matrimonii, quæ ut plurimum excedunt fructus dotis. Nam etſi uſuræ ſint generatim prohibitæ, & propterea fructus pignoris, quod eſt apud ipſum creditorem computentur in ſortem, *cap conqueſtus, de uſuris*; tamen id ceſſat in marito, qui fructus prædiorum pro dote pignori ſibi obligatorum, non tenetur in ſortem computare; cum frequenter dotis fructus non ſufficiant ad onera matrimonii ſuſtinenda, ut loquitur textus in *cap. ſalubriter, cit. tit. de uſuris*. Ergo a pari, & ex eadem ratione

Digitized by Google

ne idem videtur dicendum in lege commiſſoria. Et ita ſunt intelligendi, qui dicunt legem hanc favore dotis valere apud Manticam *de tacitis*, *lib.*11. *tit.*10. *n.*37. Sed pro majori intelligentia.

Quæritur III. an datio in ſolutum, vel pro ſoluto, in pignore ſit prohibita, & habeatur pro lege commiſſoria? Et poſt alios Burſat. *conſil.*320. *num.*114. *cum ſeq. lib.* 3. Crav. *conſ.* 327. Hondedeus *conſ.* 31. *lib.* 1. contendunt, id omnino licitum eſſe. Quod probant primo, quia datio pro ſoluto eſt a jure permiſſa, veluti ſi tibi quantitatem debeam, puta 100. & pro his accipias a me ſpeciem, ut Sichum, aut frumentum, id datio pro ſoluto dicitur, & jure permiſſa eſt, *l. eleganter ff. de pignor. act.* Ergo idipſum in pignore non debet cenſeri prohibitum, aut legi commiſſoriæ exæquari.

II. Quia datio pro ſoluto comparatur venditioni, ejuſque vicem gerit, *d. l. eleganter.* Ergo etiam dato hanc dationem in pignore haberi pro lege commiſſoria, licita erit cenſenda: propterea quod in venditione lex commiſſoria licite apponitur, *tot. tit. ff. de lege commiſſoria*; qui titulus licet ſit generalibus verbis conceptus, non tamen adeo generalis eſt, ut ad quamlibet ſpeciem legis commiſſoriæ pertineat, ſed ad eam dumtaxat, quæ venditionibus accomodatur. Ita non debet cenſeri prohibita, cum dationi in ſolutum adjungitur, ut quæ inſtar venditionis habetur.

III. Quia in datione pro ſoluto ceſſat ratio, ex qua lex commiſſoria fuit in pignore prohibita; nam hæc fuit, quia pignus pro non juſto pretio creditori plerumque aſſignatur; cum e diverſo datio pro ſoluto plerumque pro pretio fiat. Ergo ceſſante prohibitionis ratione, etiam prohibitio ipſa ceſſare debet.

IV. Quod non eſt prohibitum, id debet cenſeri permiſſum, *cap. inter corporalia*, *de translat.* Cum ergo nullo jure pactum, de quo agimus, legatur prohibitum, opus eſt, ut permiſſum omnino cenſeatur.

His tamen minime obſtantibus, verius eſt, dationem in ſolutum in pignore legi commiſſoriæ conjunctam reprobari. Ita Mantica *de tacitis lib.*11. *tit.* 9. *num.* 8. *cum ſeq.* Purpurat. *conſ.*349. *num.* 5. Surd. *deciſ.* 248. *num.* 12. & 19. ubi id magis communiter a DD. probari teſtatur; quibus accedit Merlinus *lib.* 4. *tit.* 4. *qu.* 121. *a num.* 42. Et patet expreſse ex *cit. l. quam*, *ff. de ſolutionib.* ubi palam dicitur, pignus ita contractum, ut non ſoluta ad certam diem pecunia debita, pignus ipſum cederet in ſolutum; & ſtatuitur, debitorem non obligari pacto, ſed debitam quantitatem ſolvendo, liberari. Idipſum habetur in *l. Titius cum mutuos ff. de contr. emt.* Debitor enim pro mutuata ſibi pecunia, dedit pignori ſeu hypothecæ prædia, & fidejuſſorem, cui promiſit intra triennium proximum ſe eum liberaturum; quod ſi id ita non fecerit, & ipſe fidejuſſor debitum creditori ſolverit, conventum eſt, ut ipſi fidejuſſori prædia emta eſſent. Jam fidejuſſor intra diem ſcriptam non fuit liberatus, ſed ipſe creditori ſolvit; quæſitum eſt, an emta habeat ſupradicta prædia? Et reſpondet Scævola diſtinguendo, poſſe fidejuſſorem ſibi habere ea prædia, ſi ut ex contractu emtionis ea petat, non item ſi velit ut ex cauſa principalis obligationis. Hæc enim verba Scævolæ ſunt. *Reſpondi, ſi non ut in cauſam obligationis, ſed ut emta habeantur, ſub conditione emtio facta eſt, contractam eſſe obligationem.* Itaque eatenus valet pactum, quatenus capitur pro venditione conditionali, veluti ſi dictum eſſet, *Vendo tibi prædia, ſi debitum pro me ſolveris.* Differentia inter utrumque caſum eſt, quia cum pignora intelliguntur vendita pro obligatione rei debitæ, etiamſi pignora pluris ſint, id omne tamen ſibi lucratur creditor; & hic eſt caſus legis commiſſoriæ, & non tenet. At vero, cum ut ſimpliciter vendita intelligantur pignora, præciſa cauſa obligationis tunc quia venditio juſto pretio facienda eſt, ideo ſi pignora pluris valeant, ſupereſt debitori hypothecæ repetitio, hoc eſt ſuperflui: propterea id licitum eſt, nec cum lege commiſſoria ullam affinitatem, aut ſimilitudinem habet, Bart. in *d. l. quamvis*, *in princ.* Abbas in *d. cap. ſignificante*, *num.* 7. Faber *in C. lib.* 8. *tit.* 22. *de pactis pignorum*, *diff.*2. aliique communiter.

Probatur etiam ratione, quia non minus locum habet ratio deceptionis, cum pignus datur in ſolutum, ac cum ſimpliciter dicitur, ut creditori jure dominii acquiratur; itaut inter utrumque caſum verba differant, res vero eadem ſit, nam ſemper pignus, ſive hoc, ſive illo modo, in totum creditori quæ-

Digitized by Google

quæritur, etiam pluris ſit; quæ deceptio eſt, & aſperitas legis commiſſoriæ, quas damnat Conſtantinus in *d. l. fin. C. de pactis pignor.*

Ex his quam facillime contrariorum argumenta ſolvuntur. Nam cum ajunt primo, dationem pro ſoluto eſſe a jure permiſſam, id quidem verum, cum agitur de alio contractu, puta venditionis, non etiam cum agitur de pignore, in quo ob captionis & uſurariæ pravitatis ſuſpicionem eſt omnino prohibita. Neque hoc nos fingimus, ſed utrumque in legibus expreſſum eſt. Nam datio pro ſoluto in venditione permittitur in *d. l. eleganter ff. de pign. act.* at vero in pignore prohibetur in *d. l. quamvis ff. de ſolutionibus*, & in *d. l. Titius ff. de contr. emt.* Idque ob diſparitatem rationis in uno, ac in alio caſu. Neque hoc mirum, nam ita pariter lex commiſſoria eſt in venditione conceſſa, vetita in pignore, ut diximus.

Ad ſecundum, cum docent dationem pro ſoluto haberi ut venditionem, concedimus id ita eſſe, at enim nihil inde colligi poteſt, quod cum Adverſariis faciat; nam venditio ſi fiat pro juſto pretio, contractus licitus eſt: id nihilominus non accidit in pignore, ubi pignus ex datione in ſolutum intelligitur creditori venditum, etiamſi ejus valor quantitatem debitam excedat. Id enim aſperitas, captio, & uſurarium eſt; nam ſi datio pro ſoluto ita conciperetur, ut hypothecæ repetitio eſſet, utique permiſſa foret legibus, ut ex Bart. Abbate, & aliis notatum eſt, qui etſi de vera venditione pignoris loquantur, tamen idipſum in datione pro ſoluto eſſe, non poteſt dubitari, ut conſuluit Hondedeus *d. conſ.* 31. & poſt alios docet Cyriac. *contr.*393. *n.*8. Guttierez *de juram. confirm. cap.*33. *n.*3.

Quæ tertio & quarto loco objiciunt, nempe ceſſare in noſtro caſu captionis ſuſpicionem, & hanc in ſolutum dationem non eſſe a legibus prohibitam; hæc omnia jam per ſe evaneſcunt ex iis, quæ nos in noſtris probationibus deduximus, ubi & leges id prohibere, & captionem ineſſe demonſtravimus.

An in venditione pignoris liceat purgare moram.

DISCUSSIO VII.

PUta, conventum eſt, quod ſi pignus certa die debitor non luat, cenſeatur creditori venditum juſto pretio cum obligatione reddendi hypothecam, quo caſu pactum valere jam diximus: quod adeo verum eſt, ut fructus poſt lapſam diem ſtatutam perceptos ſibi creditor lucretur, nec in creditum imputet, quamvis adhuc pretium pignoris ſtatutum non ſit: quod etiam adverſus pupillum habere locum, docet Menoch. *de acq. poſſ. remed.* 5. *a num.*160. Jam quæritur, an ante ſequutam æſtimationem, ſed elapſa jam die, liceat debitori offerre quantitatem debitam, & pignus luere; id enim dicitur purgatio moræ.

Id ut recte intelligatur, ſciendum eſt I. propoſitam a nobis ſpeciem longe diverſam eſſe ab eo caſu, quo pignus alteri vendendum eſt; tunc enim certum eſt moram purgari poſſe, adeout ſi debitor ante diſtractionem pigneratæ poſſeſſionis pecuniam offerat, quam creditor nolit recipere, pignoris diſtractio, quæ deinde fiet, nullius momenti ſit, *l. ſi priuſquam*, juncta *l. ſi reſiduum C. de diſtract. pign.* facit etiam textus in *l. fundus ff. de reſcind. vendit.* Sic quoque diverſam eſſe ab alia ſpecie, in qua jam ab initio contractus ſtatutum eſſet pretium, pro quo pignus creditori intelligendum foret venditum; tunc enim quia venditio ſtatim poſt elapſam diem ſcriptam dicitur perfecta ex pretii determinatione, amplius reſcindi non poteſt: & pretium ſtatutum in dubio præſumitur juſtum præſumtione juris, ut conſuluit Hondedeus *d. conſ.*31. *num.*51. *cum ſeq.* licet aliter ſenſerit Surdus *dec.*248. *n.*21.

Sciendum eſt II. regulam eſſe, ut ex dandi, ſolvendique difficultate reus evadat moram, re integra, ſeu poſſit illam purgare, cumprimum ſolvere paratus eſt, & offert; quia difficultas excuſat, adeout nec perjurus dicatur, qui pro difficultate promiſſa non implet, *l. fin. ff. qui ſatiſdare cogantur*, *cap. brevi*, *de jurejur.*: puta ſi Capuam ire promiſerim, vel ſiſti judicio me Judex juſſerit, & tempeſtas præpediat, *l. fin. §. pen. ff. ad leg. Rhod. l.* 2. *§. ſi quis judicio ff. ſi* quis

quis cautionibus, ut latius in *tract. de mora* a nobis diſputatum eſt. Ab hac tamen regula excipiuntur ſex omnino caſus: I. ſi quis difficultatem affectavit, procurando e.g. ut a Magiſtratu retineretur: nam quædam licet proſint, tamen deſiderata, ſeu affectata non proſunt ob dolum, *d. l.* 2. §. *fin.* juncta *l. item hi*, & *l. qui dote ff. quibus ex cauſis major.* II. ſi difficultas alia via poterat effugi, nempe itinere pedeſtri commode vitans procellas maris, *d. l.* 2. §. *pen.* III. ſi temere ſe in difficultatem conjecit, & cauſam præſtitit; unde dicitur, quod non videtur iniquum ſi infirmitas culpæ adnumeretur, ſi intelligat, vel intelligere debeat, infirmitatem ſuam alii periculoſam futuram, *l. idem juris*, §. *fin. ff. ad leg. Aquil* IV. ſi quis rem difficilem ſibi eſse certo ſciens, promittat tamen, *l. pen. ff. de jure dotium*; propterea quod talis culpa in dolum inclinat, & propterea contumaciam non excuſat, *l.* 1. §. *ſi cum duobus ff. de collationibus*. V. ſi ficta ſit difficultas, & terror vanus, qui ſolet dici terror Panicus, *l.*3. §. *ſi quis autem ff. de vi arm.* VI. ſi qui difficultatis ſe prætextu tuetur, potuit ſe ab ea extricare, ſaltem per æquipollens, *l. quemadmodum* §. *item Labeo ff. ad leg. Aquil. l. in teſtamento ff. de condit. & demonſtr. l. inter* §. *ſacram ff. de verb. oblig.* Forcatulus *de mora part.* 3. *in princ.*

Sciendum tandem, inter plures cauſas, ex quibus mora contrahitur, eſse diei præſcriptæ lapſum, quæ debitorem pro homine interpellare dicitur, ut impleat id, ad quod tenetur: eo non implente, mora dicitur commiſsa, quam non inultam leges dimittunt, *l. vinum ff. de reb. creditis*, *l. pecuniæ* §. *fin. ff. de uſuris*, *l. ſi fundus* §. *fin. l. poſt diem ff. de lege commiſſoria*. Conceditur tamen quandoque debitori, ut emendare eam moram poſſit, offerendo, vel implendo id, ad quod tenetur. *Eſſe enim*, ait Celſus adoleſcens, *hanc quæſtionem de bono & æquo: quo in genere plerumque ſub auctoritate juris ſcientiæ, pernicioſe erratur*, quod refert Paulus in *l. ſi ſervum Stichum* §. *ſequitur ff. de verb. oblig.*

His ita poſitis, ad quæſtionem veniamus Et arridet eorum ſententia, qui moram emendari, ſeu purgari poſse docent. Ita Covarr. 3. *var.*2. Mantica *de tacitis*, *lib* 11. *tit.*10. Menoch. *de acq. poſſ. remed.* 5. *n.*46. & voluit Angelus in *l. cum dominam*, *in fin. C. de pignor.*

Quod probatur I. quia etſi conventum ſit, ut bona pignori obligata poſt lapſum certæ diei intelligantur vendita juſto pretio; tamen poſt diei adventum non ſtatim dicitur perfecta venditio, quæ erit ſuſpenſa, donec res æſtimetur, & pretii quantitas certo ſtatuatur. Sed cum contractus perfectus non eſt, datur locus pœnitentiæ, propterea quod tunc actus ex voluntario tranſit in neceſsarium, cum perfectus eſt, DD. in *l. fin. C. de contr. emt.* Ergo ſi datur locus pœnitentiæ, poterit moram purgari, & emendari. Probatur major propoſitio, ex eo quod ad perficiendam venditionem non ſatis eſt pretium, ſed præterea requiritur, ut pretium ſit certum, §. *pretium*, *Inſtit. de emt. & vendit.* Cum itaque in noſtro caſu pretium adhuc certum non ſit, conſequens eſt, ut nec venditio dicatur perfecta. Cavendum tamen ab illis eſt, qui dicunt ulterius, hanc venditionem haberi pro conditionali, ut probent dari locum moræ purgandæ: quod falſum eſt, nam venditio tunc dicitur conditionalis, quando pretium expreſſe collatum eſt in arbitrium alterius, ut vendo quanti Titius æſtimabit, *d. l. fin. C. de contr. emt.* quod certe in caſu noſtro non eſt.

Probatur II. quia hic contractus, vendo quanti juſtum eſt, non eſt niſi contractus innominatus, ſeu præſcriptis verbis, DD. in *l.* 1. *ff. de præſcriptis verbis*, & in caſu noſtro ita expreſſe ſentiunt etiam Adveſarii ipſi, ut Bald in *d. l. fin. num.*8. Ripa in *l. ita ſtipulatus*, *num* 10. *ff. de verb. oblig.* & alii infra citandi. Sed in contractibus innominatis, re integra, licet uni pœnitere, & a conventione recedere, etiam altero invito, *l.* 5. *ff. de conditione cauſa data*. Ergo poteſt mora emendari, non ſolum de æquitate, ſed etiam de rigore.

Probatur III. a pari, quia in lege commiſſoria venditioni adjecta, cum dicitur, ut res ſit inemta, ſi non certa die pretium perſolvatur, licitum eſt poſt lapſum diei moram ex bono & æquo purgari, *d. l. ſi ſervum Stichum* §. *ſequitur ff. de verb. oblig. l. ſed etſi alia ff. de conſtit. pecunia*, quamvis ſtatim a tranſitu diei videatur ab emtione diſceſſum, *l. ſi fundus* §. *fin. l. poſt diem ff. de lege commiſſoria*, & notat Forcat. *loc. cit. num.* 4. Ergo etiam cum dictum eſt, ut

Digitized by Google

ut pignus intelligatur venditum, ſi intra diem certam non luatur, poteſt purgari mora, etſi eſſet venditio perfecta.

In contrarium pugnant, præter Bart. & Ripam ſupracitatos, etiam Fach. 2. *contr.* 1. & Merlinus *lib.* 4. *tit.* 4. *qu.* 121. *a num.* 52. qui nituntur in eo, quod etiam ante factam pretii declarationem, cum dictum eſt, vendo pro juſto pretio, venditio dicatur perfecta, cum pretium ex hoc videatur jam eſſe certum. Ut id probent, utuntur textu Ulpiani in *l. hac venditio*, *§. hujuſmodi ff. de contr. emt.* ubi habetur: *Hujuſmodi emtio, quanti tu emiſti, quantum pretii in arca habeo, valet; nec enim incertum eſt pretium in tam evidenti venditione: magis enim ignoratur, quanti emtus ſit, quam in rei veritate incertum eſt*. Ita ergo, licet ante declarationem non conſtet de pretio, tamen de eo conſtare dicitur, quia dictum eſt, *pro juſto pretio*; quod ſemper eſt certum, etiam ante declarationem.

Moventur etiam, quia in contractibus onerofis, cum quid ſub certa die, & pœna, vel commodo alteri ex contrahentibus quærendo, promittitur non fit locus emendationi moræ ob intereſſe actoris, aut creditoris, Alex. Jaſon, & Bart. in *l. ſi inſulam ff. de verb. obl.* atque ita volunt eſſe in quæſtione propoſita.

Sed ad utrumque facillime reſpondetur. Ad primum enim negamus, venditionem eſſe in noſtro caſu perfectam, aut pretium eſſe certum. Nec facit in contrarium textus in *d. l. hac venditio*; nam eatenus ibi pretium dicitur certum, quia refertur ad tempus præteritum, vel præſens: & quidem ad tempus præteritum refertur illud primum exemplum, quanti tu emiſti, tanti vendis? ad tempus præſens refertur ſecundum, quantum pretii in arca habeo. Conſtat autem, quæ hæc tempora reſpiciunt non poſſe ex ſe, & ex natura ſua eſſe, niſi certa, quamvis a nobis ignorentur, quod textus idem declarat in verbis illis: *Magis enim ignoratur, quanti emtus ſit, quam in rei veritate incertum eſt*. Alia omnia in caſu noſtro, ubi agitur de pretio, quod tempus futurum reſpicit, nimirum poſt lapſum certæ diei determinando, & declarando per peritos. Omnia autem futura incerta ſunt, niſi ſint neceſſaria, & proinde incertum erit pretium ipſum. Nec obſtat, quod dictum fuerit pretium juſtum: nam id non conſiſtit in individuo, ſed plus & minus recipere poteſt, itaut ſæpe accidat eodem tempore eandem rem pluris æſtimari ab uno perito, quam ab altero. Similia his, quæ diximus, habentur de conditionibus, quæ incertæ dicuntur, & ſuſpendunt actum, quod ad futurum contingens referuntur; nam ſi præſens, vel præſcriptum tempus inſpiciant, certæ ſunt, & aut ſtatim debetur, ſi veræ, aut nunquam debebitur, ſi falſæ. Cujus rei rationem affert Juſtinianus in *§. conditiones*, *Inſtitut. de verb. oblig.* in hæc verba: *Quæ enim per rerum naturam ſunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta ſint*. Itaque in caſibus propoſitis a juriſconſulto in *d. l. hac venditio*, pretium eſt certum in ſe, ſed incertum apud contrahentem: in caſu autem noſtro utraque incertitudo verſatur.

Ad ſecundum, quod dicunt ob intereſſe actoris moram non purgari, reſpondetur ex communi diſtinctione, quam ſequitur Forcatulus *loc. cit. num.* 10. Nempe intereſſe hic duplici modo capi; nam primo denotat lucrum ceſſans, vel damnum emergens ratione moræ, ut in *l. 1. ff. de act. emt.*, & in *l. ſi commiſſa ff. rem ratam haberi*; quo caſu ejuſmodi creditoris intereſſe non patitur moram emendari poſſe, propterea quod id ipſius moræ partus & effectus eſt: quod verum eſt, niſi una cum intereſſe res ipſa principalis commode præſtetur. Finge, mutuo tibi centum dedi ſub hac lege, ut niſi ad certam diem reddas, ob lucrum ceſſans, vel damnum emergens, uſuræ debeantur; lapſo jam die nequis moram purgare, niſi pecuniam debitam una cum pactis uſuris reſtituas, DD. in *l. mora ff. de uſuris*. II. Intereſſe comprehendit ſolum rem ipſam principalem, vel ejus æſtimationem: quod non modo in faciendi promiſſione, & in dandi contractibus innominatis, ſed etiam in contractibus nominatis omnibus accidere poteſt, *l. naturalis §. 1. ff. de præſcript. verbis §. alteri*, *Inſtitut. de inutil. ſtipul.* Et in hoc mora purgari poteſt, dummodo omnia adhuc integra ſint. Itaque ſi colonum dominus fundo frui prohibeat, & poſt paucos dies pœniteat, ita ut omnia integra ſint; ex hac mora obligatio coloni non minuitur; dicetur vero res non integra, ſi colonus expulſus ex conductione, in aliam ſe coloniam contulerit, ut cum dominum pœnitet, duobus fundis

fundis colendis ſatis non ſit; tunc ſera pœnitentia dicitur, & moram non emendat, quia coloni damnum emergeret, *l. ſi in lege. §. colonus ff. locati*, *l. illud ff. de peric. & comm. rei venditæ*.

In ſpecie ergo noſtræ quæſtionis, cum lapſa jam dies eſt, redemtioni pignoris appoſita ſic, ut creditori pignus intelligatur juſto pretio emtum, verſatur quidem intereſſe creditoris, ſed id ſolam ipſam rem principalem reſpicit, hoc eſt, ejus venditionem: at nullum lucrum ceſſat, vel damnum emergit; propterea re integra, hoc eſt non ſtatuto jam pretio; licet debitori moram emendare; ex regulà, quod moræ purgatio permittitur, cum creditoris, aut actoris non intereſt, *l. etſi poſt ff. ſi quis cautionibus*. Cum autem Adverſarii dicunt, pœnam in contractu appoſitam impedire moræ purgationem; id verum eſt, cum pœna lucrum producit, vel damnum: ſecus vero, ubi de ſola contractus reſciſſione in pœna actum eſt; nam ut diximus ſupra, ſi rem vendam ſub lege commiſſoria, nempe ut non ſoluto ad certam diem pretio, res ſit inemta, utique hæc contractus reſolutio pœna eſt, nec tamen impedit moram emendari, *d. l. ſi ſervum Stichum*, & *ſequitur ff. de verb. oblig. oblig. d. l. ſed etſi alia ff. de conſt. pecunia*. Par omnino eſt caſus noſter, in quo alia pœna appoſita non eſt, niſi ut reſoluto pignore fiat venditio. Ergo & hic pœna non obſtabit, quando mora purgetur.

De Hypotheca tacita.

Quoniam hypotheca tacita non ex hominis proviſione & facto deſcendit, ſed ex legis beneficio, ideo in iis tantum caſibus locum habere debet, in quibus lex expreſſe eam concedit; nam quod ex lege eſt, ſine lege haberi non poteſt, Gl. in *l. 2. in fine ff. de priv. creditor.* Hi caſus admodum pauci erant, ut patet ex *tit. ff. in quibus cauſis pignus vel hypotheca tacite contrahatur*, additis nonnullis aliis, qui ſparſim leguntur in jure antiquo. Deinde aucti fuere per Impp. in C. ubi præſertim inducta hypotheca tacita eſt pro dote; verum non tot ſunt, ut hæc materia brevis videri non poſſet. Nihilominus hodie ſecus eſt auctoritate Doctorum, qui in multis, & pœne infinitis caſibus, hanc tacitam hypothecam introduxere: quod factum eſt contra omnem rationem, quia, ut diximus, hæc hypotheca niſi lege loquente & ſtatuente nulla eſt. Nos vero, ne quid in hoc noſtro tractatu merito deſideretur, etiam de caſibus iſtis, a noſtris Juriſconſultis inductis, agemus, eos ſeligendo, qui nobiliores, & uſu frequentiores ſunt. Sit ergo

De Hypotheca alimentorum.

DISCUSSIO I.

Plures hic caſus diſtinguendi ſunt, in quorum aliis certum jus eſt, in aliis dubium. Primo, ſi alimenta debeantur ex legato, puta ſi quis filio naturali, vel etiam alicui extraneo, annua tot pro alimentis reliquit certum eſt, legatario in bonis teſtatoris concedi hypothecam, ſive hæc ab herede poſſideantur, ſiv in extraneum tranſierint: non proterea quod alimenta ipſe legatarius petat (nam hoc nomine jus dubium eſſet) ſed quod petat legatum, pro quo a Juſtiniano non modo perſonalis actio, ſed etiam reivindicatio, & hypothecaria conceſſa eſt in *l. ult. C. communia de legat.* & nos diximus ſupra. Itaque cautio datur legatario agenti, ut ad vitandas lites, non veniat in judicium, niſi ut legatarius, Covarr. 4. *decret. part. 2. cap. 8. §. 6. n. 24.* Neguſ. *part. 2. membro 4. ſub n. 164.* & alii communiter.

II. Caſus eſt, cum filiusfam. petit alimenta ex bonis adventitiis, in quibus pater habet uſumfructum, filius proprietatem. Si ergo vivo patre bona ea in concurſu creditorum, ipſis creditoribus aſſignentur, ut ſibi fructus percipiant, quoad ipſe pater in vivis maneat; tunc filius, ſaltem in ſubſidium, cum alia bona deſunt; cenſetur in ipſis habere tacitam hypothecam pro alimentis, quæ cum antiquior ſit, præferenda eſt creditoribus aliis: Itaque licet pater ſit fructuarius, & de fructibus pro arbitratu ſuo diſponat, *l. 1. C. de bonis maternis*; tamen id cum aliquo temperamento orto ex naturali æquitate, intelligendum eſt, dummodo ſcilicet ſalva ſint alimenta filiis proprietariis, *Rota deciſ. 125. part. 4. in noviſſ.*

Quod ſi dicas, filium non ali a patre ob peculium adventitium, ſed propter naturæ obligationem, & vinculum, *l. ſi. §. ipſum autem*

Digitized by Google

autem C. de bonis quæ liberis, ut propterea nullam filius in ipſis adventitiis actionem habeat ad alimenta ſibi conſequenda; reſpondetur diſtinguendo, obligationem alendi filium in quantum ad originem eſſe de jure naturæ, & concedimus: in quantum ad ſubſidium, non eſſe in bonis adventitiis, & negamus; non enim veriſimile videtur, legem ita patri uſumfructum adventitiorum voluiſſe concedere, ut filio fame ſit pereundum, dum habet bona, quibus poteſt vitam tolerare. Id enim nimius eſſet rigor, vel iniquitas potius. Itaque DD. hoc caſu impertiuntur filio hypothecam, vel ſaltem perſonalem actionem in rem ſcriptam, quæ nimirum perſequatur rem quocunque tranſeat, etſi perveniat in manus creditorum: ut in quantum ad effectum nihil pœne diſtet ab hypothecaria. Hoc tamen privilegium non tranſit in ceſſionarium filii pro præteritis alimentis, Pacificus *de ſalv. interd. inſpect. 3. cap. 2. n. 924.*

III. Eſt, ſi patre dilapidante bona, fuerint a Judice bona quædam filio aſſignata pro alimentis; tunc ex vi talis aſſignationis filius veluti hypothecam in eis bonis conſequitur, & præferetur creditoribus patris hypothecariis, qui deinceps poſt aſſignationem contrahent, Merlinus *lib. 3. tit. 1. qu. 1. num.* 14.

IV. Eſt, ſi alimenta ſint tantummodo promiſſa ex contractu, vel debita ex obligatione naturali, vel Judicis officio. Et varia opinio eſt; quidam enim etiam hic hypothecam locum habere opinantur, Felinus in *cap. ad audientiam 2. num. 6. de reſcript.* Surd. *de alim. priv.* 52. Pacificus *loc. cit. num. 924. cum ſeq.* Afflict. ad *conſtitut. Regni in aliquibus num.* 35. Molfeſius ad *conſuet. Neap. part. 5. de alim. præſtand. q. 6. num.* 23.

Moventur I. ex *l. 1. C. de donationib. quæ ſub modo*, ubi ſi prædium tibi donavi, ut certa mihi alimenta præberes, ſi legi non obtemperes, duplex mihi actio conceditur, primo condictio ob cauſam, ut reddatur prædium, quod quidem ex regulis juris procedit: nam datum ob cauſam, & cauſa non ſequuta, repetitur, *l. ſi ut proponis C. de condictione ob cauſam*. II. vindicatio utilis, idque eſt contra regulas juris, quæ docent ex pacto nudo non acquiri dominium, *l. ea lege C. cit. tit. l. traditionibus C. de pactis:* tamen in hoc caſu ſpeciale eſt favore alimentorum, ut docet Gl. in *d. l. 1. v. condictio*. Sic ergo argumentantur DD. Favore alimentorum conceditur vindicatio, cum quis jam rei dominium habuit: ergo debet concedi hypotheca, cum quis dominium ſuper re nunquam habuit.

Sed pro pleniori intelligentia, hæc altius repetenda ſunt. Si donatio ob rem facta proponatur, tunc donatarius ad eam rem implendam cogi poteſt per alteram ex duabus actionibus, hoc eſt vel per actionem ex ſtipulatu, ſi modo ſtipulatio fuerit interpoſita; vel per actionem præſcriptis verbis, ſi nulla ſtipulatio interceſſit, *l. legem*, *l. cum res C. de donationibus*. Cur vero detur hæc actio præſcriptis verbis, patet, quia hæc donatio non mera eſt, ſed ei admiſtum eſt negotium; hoc eſt contractus innominatus, Do ut des, vel Do ut facias, pro cujus implemento actio præſcriptis verbis competit, *l. naturalis, ff. de præſcript. verbis*. At ſi accidat, quod donatarius nolit, aut nequeat rem ipſam implere, eo caſu, quia res non ſequuta eſt, conceditur donatori una actio, quæ dicitur condictio ob cauſam, & eſt ad rem donatam repetendam; nam ob cauſam datum, cauſa non ſequuta, repetitur, ut diximus, *l. Senatus* §. 1. *ff. de donationib. cauſ. mortis*, *l. quoties C. de revoc. donat.* Ex quo colligitur, in donationem ob rem, ſeu cauſam, ſtatim dominium tranſire in donatarium; quoniam non competit condictio, niſi ei; qui dominus eſſe deſiit; regula enim eſt, ut rem ſuam nemo condicat, præterquam a fure, & malæ fidei poſſeſſore, §. *ſic itaque, Inſtitutionib. de donationib.*

Verum ſunt quædam ſpecialia circa eam donationem, quæ alteri fit, ut nos ipſe alat, vel ut menſtruum, ſeu annuum præſtet. Nam in *d. l. 1. C. de donationib. quæ ſub modo*, habetur, poſſe donatorem revocare rem donatam non modo actione in perſonam, ſeu condictione ob cauſam, ſed etiam actione in rem, ſeu reivindicatione. Ceterum impoſſibile videtur, poſſe has duas actiones ſimul conjungere & unire; nam condictio datur non domino: reivindicatio e contrario ſoli domino conceditur; quocirca ſi donator utramque habet, fiet, ut ſimul dominus ſit, & non dominus, quod eſt abſurdum; & nihilominus in hac donatione ob cauſam alimentorum, ita benignitate

Prin-

Principum ſtatutum eſt. Ratio eſt, quia alimenta ſine magno vitæ periculo, aut incommodo, nequeunt differri; ut propterea providendum ſit, ut quam citiſſime conſequamur eas res, quæ nobis alimenta præbent: citius autem ad hoc pervenitur reivindicatione, quam condictione. Ita Connanus 5. *comm.* 10. *n.* 1.

Hæc ideo latius explicui, quia ex hoc fonte promanant quamplurima eorum privilegiorum, quæ licet in jure non expreſſa, a Doctoribus tamen alimentis conceduntur; & præſertim clarius patet vis argumenti propoſiti; ſi enim providendum eſt, ut quis alimenta, quanto citius fieri poteſt, conſequatur, utique conſequens eſt, ut pro eis tacita hypotheca concedatur; nam hypotheca habet viam expeditam ad conſequendum id quod nobis debetur: quod non accidet, ſi ſola perſonali actione uti poſſimus, ut manifeſtum eſt. Nihil ergo mirum, ſi contra regulam, quæ ait, hypothecæ tacitæ non eſſe locum, niſi ubi lex eam ſtatuit; ſi, inquam, contra hanc regulam fiat privilegio alimentorum.

Hoc argumentum unam diffi ultatem habet, quod ea *l.* 1. *C. de donationib. quæ ſub modo*, eſt introducta privilegio Principum, contra regulas juris, ut patet in illis verbis: *Vindicationem quoque divi Principes in hoc caſu dandam eſſe ſanxerunt*. Ergo non poteſt inde argumentum deſumi ad inducendam tacitam hypothecam favore alimentorum; nam notiſſimi juris eſt, privilegia neque etiam ex paritate, aut majoritate rationis extendi de uno in alterum caſum, §. *nam & quod Principi*, *Inſtit. de jure naturali*. Et hac ſane de cauſa in *d. l.* 1. appoſita ſunt verba illa, *in hoc caſu*, quæ tantundem valent, ac ſi dictum eſſet, *in hoc & non in alio caſu*; ſunt enim reſtrictiva, ut Doctores loquuntur.

Moventur II. quia alimenta debentur ex bonis obligati: ergo bona ipſa cenſentur obligata, ſeu oppignerata. Probant id ex *l. quis ſi libertis ff. de alim. leges.* ubi ſi alicui fuerint legata alimenta, ea quia ex bonis teſtatoris debentur, præſtanda ſunt a quocunque ſucceſſore, etiam fiſco, ad quem bona ea fuerint devoluta, tanquam ſi fuiſſent hypothecata. Quod argumentum nullius momenti eſt; nam plus probat, quam velit, & propterea nihil probat; nam inde ſequeretur pro quocunque debito dandi oriri hypothecam tacitam, veluti ſi promiſiſti dare 100. equum, veſtem, aut quid tale: quippe hoc debitum ex bonis promiſſoris perſolvatur neceſſe eſt; & tamen nemo dixerit, hic bona ut oppignerata haberi. Falſa eſt ergo conſequentio. Nec obſtat textus Marciani in *d. l. ſi quis libertis*, quoniam ibi ſermo eſt de ſucceſſore ultimi, ad quem conſtat tranſire onus ſolvendi legatum, ut ibi recte notat Gloſſ. *v. præſtanda ſunt*. Et hinc eſt, ut etiam fiſcus teneatur, ſi ad eum jure devolutionis bona tranſeunt; fiſcus enim in his caſibus utitur jure privati, & tanquam heres habetur, ut teneatur inventarium conficere, & facere ſatis creditoribus defuncti, DD. in *l.* 1. & 2. *C. ſi adverſus fiſcum*.

Huc adde, quod neque certa rerum deſignatio inducit ſuper rebus illis hypothecam, cum ad ſingularem tranſeunt ſucceſſorem, ut recte docuit Gomez. *vari tr. reſol. tit. de contractibus cap.* 15. *num.* 22. ex *l. Titius cum mutuos*, §. *Lucius Titius ff. de contr. emt.* ubi qui promiſit de fundo ſuo aliquot modios frumenti annuos præſtare, fundum vendidit: & Scævola ait, emtorem ad frumenti præſtationem non teneri, quamvis in venditione fuerit dictum, *Quo jure, quave conditione ea prædia Lucii Titii hodie ſunt, ita veneunt, itaque habebuntur*. Et fruſtra Accurſius putat, in eo textu emtorem perſonali actione conveniri non poſſe, poſſe vero reali. Quæ interpretatio inepta eſt; non enim poterat ullo modo quod Scævolam quæri, & dubitari, utrum emtor teneretur actione perſonali, cum clariſſimi juris ſit, hanc actionem non dari, niſi contra eum, qui nobiſcum contraxit, aut quaſi contraxit, non item contra emtorem, contra quem ſola realis actio locum habere poteſt. Itaque quæſtio apud Scævolam fuit de actione hypothecaria, non quidem tacita, cum nullum hic beneficium legis locum habeat, ſed de expreſſa, orta ex proviſione contrahentium, utpote qui deſignaverant fundum, ex quo frumentum deberetur, ut propterea orta dubitatio ſit, an ea fundi deſignatio pro hypotheca fuerit habenda. Id negat Scævola.

At vero Accurſius tandem videtur concedere, Scævolam negare prædium intelligi obligatum; tamen addit aliud eſſe in ſpecialibus, & favorabilibus præſtationibus, ut puta alimentis vel Reipublicæ. Probat id

ex

ex *l. hactenus ff. de uſufr.* quæ nihil ad rem facit; nam ibi tantummodo dicitur, uſumfructuarium, qui legato uſumfructum conſequutus eſt, teneri ad alimenta præſtanda ei, cui teſtator juſſerit; certum eſt enim poſſe a legatario legari, ut noſtræ leges loquuntur, hoc eſt, poſſe legatario injungi, ut legatum ſolvat, dum ne plus quiſquam gravetur, quam ipſe ex teſtamento cœperit, §. *poteſt autem, Inſtitutionib. de ſingulis reb.* quare non tenebitur fructuarius ad alimenta præſtanda, niſi cum expreſſe teſtator ei, ut legatario, id oneris injunxerit, ut clare in eo textu patet.

Itaque ſtet, quod diximus, certam loci deſignationem non parere hypothecam, nec etiam pro alimentis, niſi expreſſe de hypotheca actum ſit, ut præterea evidenter probatur ex *l. Lucius Titius ff. de alim. legatis*, ubi qui cibaria, & veſtiaria annua libertis ſuis reliquit, diſerte addidit velle eis ob eam cauſam obligatos eſſe fundos. Ex quo fit, multo minus hypothecam intelligi in alimentis, cum nulla loci, ſeu rei deſignatio intervenit, ut docuit Alex. in *l. qui abſenti*, §. 1. *num.9. ff. de acq. poſſ.* Rom. *conſ.* 474. Neguſ. *part.* 2. *membr.* 4. *num.* 163. Gabriel. *comm. opinion. tit. de alim. concl.* 2. Cyriac. *contr.* 18. Theſ. 2. *qu. forenſ.* 67. aliique apud Merlinum *lib.*3. *tit.*1. *qu.*1. *n.*5.

Quando ex pecunia pro re data, contrahatur in rem hypotheca.

DISCUSSIO II.

QUoties res aliqua ideo extat in bonis debitoris, quia ei a certa perſona mutuo pecunia data eſt, tunc ſuper ea re ipſe creditor tacitam acquirit hypothecam. Itaque ſi quis pecuniam credat ad extruendum ædificium, beneficio Senatuſconſulti ſub Marco Imperatore facti, tacitum pignus in ædificio habet, *l.*1. *ff. in quibus cauſis pignus vel hypotheca tacite contrahatur*, ibique Gloſ. *v. datum*. Id verum eſt, cum nominatim pecunia data fuerit pro ædificio excitando; nam ſi ſimpliciter data ſit, quamvis deinde ad hoc erogata ſit a debitore, & id probetur, tamen privilegium hypothecæ locum non habet ex *l. procuratoris* §. *plane ff. de tributoria act.* ubi merces emtæ a ſervo Titii negotiatore, pecunia mea, veniunt in tributum, quia ſcilicet non fuit pecunia nominatim ad eas merces comparandas credita, ut notat Neguſ. *part.* 5. *membr.* 2. *num.*15. Exigitur etiam, ut pecunia vere a debitore ſit expenſa in ædificio extruendo; aliter ceſſat ratio legis, nempe creditorem ideo hypothecam habere, quia ejus beneficio res extat, Guttierez *pract. qq. lib.* 5. *qu.*98.*n.*2.

Quod ſi dubium fuerit, utrum pecunia credita vere in rem, pro qua data eſt, ſit erogata, eo caſu ſatis eſt probare, ſtatim poſt creditam pecuniam ſequutam fuiſſe ædificationem domus, ex regula Bartoli in *l. Ariſto num.*5. *ff. quæ res pignori*, Martius Medices *dec.*19. *exam.* 11. & alii communiter adducti in hanc opinionem etiam ex textu in *l. Lucius Titius ff. de exercit. act.* ubi qui mutuat pecuniam ſervo magiſtro navis pro refectione navis ipſius, non tenetur deinde in inſtituenda actione contra exercitorem probare pecuniam in refectionem navis eſſe conſumtam, ſed ſatis eſt, ſi quatuor concurrant: I. ſi cum pecunia crederetur, navis in ea cauſa fuit, ut refici deberet. II. ut credat, ſeu mutuo det pro ipſa navi, cui quis magiſter præpoſitus eſt. III. ut non major pecunia credita fuerit, quam ad eam rem fuerit neceſſaria; aliter enim in ſolidum adverſus dominum navis actionem non habebit. Tandem, ut in eo loco pecunia credita ſit, in quo id, propter quod credebatur, comparari potuerit. Concludit demum Africanus ibidem: *Et in ſumma aliquam diligentiam in ea re creditorem debere præſtare*. Sic ergo in caſu noſtro creditor, qui mutuo dat pecuniam pro domus ædificatione, non debet adſtringi, ut ipſe ædificii curam ſuſcipiat, & rem alienam gerat, quod certe futurum eſſet, ſi neceſſe habeat probare pecuniam in ædificationem domus erogatam eſſe: & pro magna conjectura, & præſumtione habebitur, ſi ædificatio contractum ſequatur. Ex hoc etiam textu patet, quod ſi pars tantum in ædificium ſit erogata, pro parte etiam beneficium competet, ut colligit, præter Medicem *loc. cit.* Caroc. *de locato parte* 7. *concl.* 49. Nihilominus Africanus, ſi recte expendatur, non hoc dicit, niſi eo caſu, quo major, quam neceſſaria ſit, pecunia credatur: quocirca innue-

re

Digitized by Google

re videtur, quod ſi non major, ſed quantum eſt ſatis, pecunia mutuetur, ut competat beneficium hypothecæ pro integra quantitate, non aliud opus eſt, niſi, ut afferantur præſumtiones & conjecturæ ſupra poſitæ ab Africano. Sic pro ſuperfluo tantum hypotheca non dabitur. Negul. *part.* 1. *membr.* 2. *num.* 15.

Quod diximus de ædificio extruendo, non eſt dubium porrigi ad ſimiles caſus, in quibus pecunia datur pro re comparanda, vel conſervanda, veluti ſi detur pro pabulo pecudum, pro meliorationibus fundi; immo datur hypotheca hæc tacita etiam pro ſalario advocati, & procuratoris, quorum operâ dicitur res conſervata, ut propterea habeant etiam, ut retinere poſſint loco pignoris ſcripturas, donec ejs fiat ſatis, Surd. *dec.* 50. Duran. *dec.* 53. qui notat, id etiam locum habere, ſi advocatus cauſa cadat.

Sed ambigitur, utrum ſimul cum hypotheca concedatur etiam prælatio. Et cit. DD. communiter docent, eam concedi, prorſus ut ex pecunia data pro rei conſervatione vel acquiſitione tria oriantur privilegia: I. quod in actione perſonali præfertur creditoribus omnibus chirographariis. II. quod in ea re tacitum pignus acquiritur. III. quod ex tacito pignore præfertur anterioribus. Addunt & quartum, ut competat rei ipſius retentio, ut modo diximus de Advocato, & Procuratore. Verumtamen nobis contrarium arridet, & dicimus, leges omnes, quæ ab adverſariis citantur, duo tantum probare: primo, creditorem iſtum in condictione præferri creditoribus aliis perſonalibus, fiſco excepto: ſecundo, tunc tantum in hypothecaria actione præferri, cum per expreſſam hypothecam ſibi cavit, non etiam per tacitam.

Itaque quod diximus primo de prælatione in actione perſonali, patet ex *l. quod quis, ff. de priv. credit.* ubi hæc verba leguntur: *Quod quis navis fabricandæ, vel armandæ, vel inſtruendæ cauſa, vel quoquo modo crediderit, vel ob navem venditam petat* (hoc eſt, ſi ementi navem pretium credidi) *habet privilegium poſt fiſcum*. Quem textum recte Gloſſ. *ibid. in fin.* intelligit de actione perſonali, non etiam de reali; nam in actione reali fiſcus nullum habet privilegium, & ſolum inſpicitur tempus, ut qui prior in tempore eſt, potior ſit in jure, ut expreſſe habetur in *l. ſi fundum C. qui potiores in pign.* Sermo itaque eſt ſolum de actione perſonali, in qua non habetur ratio temporis, ſed cauſæ, ut is præferatur, cujus cauſa potior eſt: quod patet etiam ex *tit.* qui eſt *de privilegiis creditorum*: privilegia enim ea proprie ſunt, quæ pro actione perſonali conceduntur; ut ibidem dicitur in *l. privilegia*, in hæc verba: *Privilegia non ex tempore æſtimantur, ſed ex cauſa*; quocirca in caſu propoſito ſi plures chirographarii creditores ſuper navem, ut ſibi faciant ſatis, concurrant: primum omnium ſolvitur fiſco, quia ut publica cauſa præfertur privatæ, ita ipſe anteponitur reliquis creditoribus ex cauſa concurrentibus: deinde creditori, cujus pecunia res comparata, vel conſervata fuit. Verum tamen eſt, hodie ex Juſtiniano huic creditori præferri etiam mulierem agentem pro reſtitutione dotis, §. *his conſequens auth. de æqualitate dotis*.

At vero ad prælationem inter hypothecarios, non eſt ſatis ſola hypotheca tacita creditoris, ſed præterea exigitur expreſſa hypotheca rei, pro cujus comparatione, vel conſervatione, pecunia data eſt. Ita probatur ex *l. licet, C. qui potiores in pignore*, ubi expreſſis verbis habetur: *Eum, cujus pecunia prædium comparatum probatur, quod ei pignori eſſe ſpecialiter obligatum ſtatim convenit, omnibus anteferri*; quæ verba palam docent, prælationem non competere, quoties res non eſt expreſſe, imo ſpecialiter obligata. Neque obſtat, quod hic ſermo ſit de comparatione rei; nam idem eſt, ſi de rei conſervatione loquamur, ut in *l. interdum cum ſeq. ff. qui potiores in pignore* illis verbis: *Item ſi quis in merces ſibi obligatas crediderit, vel ut ſalvæ fiant, vel ut naulum exſolvatur, potior erit, licet poſterior ſit*; ubi eodem modo ad prælationem duo exiguntur, hypotheca expreſſa, & ſpecialis. Et ratio eſt, quia de jure ordinario lex nunquam duo ſimul privilegia concedit, ut diſputant DD. de dote, ob quam mulier contra regulas juris, habet tacitam hypothecam, & prælationem; quod adeo durum viſum eſt Antonio Fabro 8. *conject.* 11. & 12. ut Juſtinianum nimis uxorie ſe geſſiſſe dixerit; quinimmo addit, id factum malitia Theodoræ uxoris ſuæ, quam ad Reipublicæ conſilia Juſtinianus advocare ſolitus erat, ut in *novella* 8. Itaque alterutrum huic creditori pri-

privilegium lex impertitur: aut enim nulla hypotheca ſibi cavit, & ex beneficio legis ei tacita conceditur: aut ſibi cavit expreſſo & ſpeciali pignore, & eo caſu conceditur prælatio.

De Hypotheca tacita ejus, qui emphyteuſim conceſſit.

DISCUSSIO III.

De duobus hic quæritur, de annuo canone, & de laudemio, utrum ſcilicet eo ab emphytheuta non perſoluto, dominus directus tacitam hypothecam acquirat? Et non acquirere, late tuetur Caldas *de emphyteuſ. lib.* 4. *cap.*3. Valaſquez *de jure emphyt. qu.*4. Merlin. Pignatellus *contr. cap.*36. Roderic. *de annuis reditib. lib.* 2. *qu.* 22. & ita deciſum refert Guid. Papa *dec* 9.

Quod probatur I. ex regula generali, quæ docet, tacitam hypothecam, niſi lege expreſſe jubente, non induci, ut ſupra notavimus, & monet Gloſ. in *l.* 2. *in fine ff. de priv. creditorum*, & alii paſſim; ſi enim in ceteris erubeſcimus ſine lege loqui, quanto magis id erit, ubi de privilegiis ſermo eſt, quæ ſola lex ex munificentia ſua impertitur? Jam nulla adeſt lex, quæ caveat, bona emphyteutica pro canone, aut laudemio cenſeri oppignerata.

II. Probant, tum quia pignus nemo in re ſua habet, *l. neque pignus, ff. de reg. juris*, *l. ſi rem alienam ff. de pign. act.* ut ſupra in 1. diſcuſſione probatum eſt; tum etiam quia nemini res ſua ſervit, & hypotheca pro ſervitute habetur, *l. ſi rem alienam ff. de pignorib.* Ergo conceſſor emphyteuſis in ea re, quæ ſua eſt, pignus nanciſci non poteſt.

III. Qui obligatur ex fundo annuam præſtationem dare, non dicitur conſtituere in eo fundo hypothecam, *l. fin. §. Lucius Titius ff. de contr. emt.* quem textum ſupra explicavimus, loquendo de hypotheca alimentorum: quapropter cum emphyteuta ſe obligat ad præſtandum ex fundo annuum canonem, nullam in favorem domini videtur in eo tacitam hypothecam conſtituiſſe, ſed ſolum erit ipſi domino perſonalis actio quæſita contra debitorem emphyteutam, heredemve illius.

Contra tamen tendunt alii, & præcipue Baldus in *auth. ſi quas ruinas, num.* 9. *in fin. C. de Sacroſ. Eccl.* Jaſ. in *l.* 1. *num.* 70. *C. de jur. emphyt.* Roman. *conſ.* 311. poſt alios Pacificus *de Salviano, inſpect.* 3. *cap.*4 *n* 114. qui omnes docent, pro annuo canone non perſoluto acquiri domino hypothecam tacitam. Idem de laudemio Franch *deciſ.* 430. Gratian. *cap.* 272. *num.* 5. cum aliis pluribus. Eorum rationes videamus; habent enim multa notatu digna, docentque tacitam hypothecam non ſolum ex lege provenire, ſed etiam ex præſtationibus, & ex contrahentium tacita voluntate: quæ tria omnia in propoſito caſu concurrere volunt.

Primo ergo pro eo, quod ad legis diſpoſitionem attinet, proferunt textum in §. *ſcire autem*, *auth. de non alienandis vel permutandis rebus Eccleſiaſticis*, ubi cum Imperator dixiſſet, ob canonem Eccleſiæ per biennium non ſolutum, emphyteuſim devolvi ad Eccleſiam, nec meliorationes reddi, hæc addit: *Sed ſiquidem deterius fecerit prædium ſuburbanum, aut domum, qui emphyteuſim percepit, cogi eum de ſuo diligentiam, ac reſtitutionem priſci ſtatus facere, & obligatos eſſe ad hoc ipſum, & heredes ejus, & ſucceſſores, ejuſque res, inſuper & debitos omnes reditus ſine dilatione exigi.* Hic duo ſunt, quæ notari volunt; primo, præter cetera, ſermonem haberi de reditibus debitis, hoc eſt, de annuo canone non ſoluto; hic enim reditus domino debitus; deinde agi non modo de actione perſonali, ſed de hypothecaria etiam, cum dicatur, *Ejuſque res;* quæ verba & ad antecedentia & ad ſubſequentia referri debent, ut etiam pro reditibus debitis intelligantur res emphyteutæ tacite hypothecatæ. Itaque negant quod Auctores prioris ſententiæ dicebant, nulla lege hic tacitam hypothecam induci, cum eam concedat textus in *d.* §. *ſcire autem*.

Verum reſpondetur, in hoc textu non agi de emphyteuſis tacita oppigneratione, ſed ſolum de reliquis rebus debitoris, quæ ex beneficio legis cenſentur tacite hypothecata non quidem cuicumque, ſed Eccleſiæ, de cujus favore apertis verbis ibi loquitur Imperator; ut ſit quid ſimile legatario, qui pro legato obtinet ſuper re ipſa legata dominium, ſuper reliquis bonis hereditariis hypothecam, ut diximus. Ita ergo Eccleſia pro canonibus ſibi debitis habebit bona debi-

debitoris tacite oppignerata, at in ipſa emphyteuſi ſolum obtinebit dominium, non etiam pignus, ut legatarius pignus in re legata non habet. Ratio utriuſque rei eſt, quia in re ſua pignus conſiſtere nequit, ut dictum eſt. Falſum eſt ergo, legem ullam tacitam hypothecam in emphyteuſim ipſam introducere, quæ eſt noſtra diſputatio; ſed ſolum in reliquas debitoris res: quod ipſum tantummodo locum habebit in emphytheuſi eccleſiaſtica, de qua textus loquitur, non etiam in aliis; plura enim ſunt, quæ lex concedit Eccleſiæ ex ſpeciali favore, quæ ad alios non porriguntur; ut in hac ipſa emphyteuſi, quæ ſi fuerit Eccleſiaſtica devolvetur ob canonem biennio non ſolutum, cum in aliis triennii ceſſatio exigatur, *d. §. ſcire autem*.

II. Volunt, hypothecam tacitam etiam induci, quoties ſuper re aliqua penſio annua perſolvenda eſt: immo volunt, hanc hypothecam eſſe ſpecialem, & privilegiatam, Cencius *de cenſibus part.* 1. *cap.* 2. *qu.* 3. *art.* 1. *num.* 5. ex *l. pen. §. inſtituto*, ibi, *Neque fœnerari ſuper eas ff. de legat.* 2. Jam ita argumentantur. Quæ dicuntur de præſtatione annua, trahuntur ad canonem debitum ex re emphyteutica, Abbas *conſ.* 30. *col.* 1. Ergo ſicuti ex illis oritur tacita hypotheca, ita etiam ex iſto.

Sed neque hæc quidquam urgent; falſum enim omnino eſt, ex annua præſtatione ſuper fundo oriri fundi hypothecam, ut probavimus ex *d. l. fin. §. Lucius Titius ff. de contr. emt.* Neque in contrarium facit textus *d. l. pen. §. inſtituto*; nam licet verum ſit, fœnerari ſuper ædes, inducere hypothecam ædium, tamen hæc hypotheca non eſt tacita ex beneficio legis, ſed expreſſa ex voluntate contrahentium; quia fœnerari ſuper re aliqua eſt obligare rem illam creditori; non modo pro ſorte, ſed etiam pro uſuris. Quare exigitur, ut expreſſe debitor obliget eam rem. Quod non eſt in caſu noſtro, ut patet.

III. Afferunt, tacitam hypothecam non modo legis auctoritate induci, ſed etiam voluntate contrahentium. Quod probant ex *l. item quia ff. de pactis*, ubi quia conventiones etiam tacitæ valent, placet in urbanis habitationibus locandis invecta illata, pignori eſſe locatori, etiamſi nihil nominatim convenerit. Ex hac ergo generali regula deducitur, ut cum contrahentes volunt, ut canon ex prædii fructibus ſolvatur, etiam voluiſſe videantur, ut ipſi fructus pro eo canone ſint tacite oppignerati, quaſi plus dictum ſit, & minus ſcriptum, argumento ex *l. cum avus, ff. de condit. & demonſtr.*

Tamen facilis reſponſio eſt, diſtinguendo: tacita voluntas & conventio inducit hypothecam, lege accedente, concedimus; lege non accedente, & negamus. Dicimus enim, tacitam hypothecam ſemper ex lege induci, quæ tamen lex aliquando ſolo favore & ſpeciali ratione ad id movetur, aliquando ex tacita contrahentium voluntate; ita tamen, ut ſi huic voluntati expreſſa lex non accedat, ea ſola per ſe ad tacitam hypothecam ſatis non ſit. Quod probatur ex ipſa *l. item quia*, ubi invecta illata in fundum urbanum ab inquilino tacite oppignerata cenſentur, ita legi placet, ut ibi dicitur, favere tacitæ conventioni locatoris, & conductoris. At vero hæc eadem tacita voluntas videtur eſſe in locatione fundi ruſtici, & tamen invecta illata per colonum non cenſentur tacite hypothecata, ut patet ibi, *v. In urbanis habitationibus*, & habetur in *l. eo jure, ff. in quibus cauſis pignus vel hypotheca tacite contrahatur*; ut differentia inter colonum & inquilinum refundatur in legem ipſam, quæ tacitæ voluntati in inquilino accedit, non etiam in colono; nam dicitur: *Eo jure utimur, ut quæ in prædia urbana inducta, & illata ſunt, pignori eſſe credantur, quaſi id tacite convenerit. In ruſticis prædiis contra obſervatur*. Quod tamen ſub diſtinctione intelligendum eſt, ut quæ in ædes ab inquilino inferuntur, & domino ædium ignorante, oppignerata cenſeantur: in fundum vero a colono non omnia, ſed ea tantum, quæ voluntate domini inducta fuere, ut diſtinguitur in *l. certi juris C. de locato.* Itaque licet in utroque caſu ſemper & eodem modo tacita voluntas ineſſe videatur, tamen non æqualis eſt tacita hypotheca, ſed diſpar, quia lex non æque favet; ut omnino verum ſit, quod diximus, tacitam voluntatem per ſe ad tacitam hypothecam non eſſe ſatis. Unde plures extant in jure noſtro caſus, in quibus ſemper fuit eadem tacita voluntas, at tacita hypotheca non habuit locum, niſi poſtquam lex acceſſit; nam Juſtinianus in *l.* 1. *C. commun. de legat.* ait, ſe tacitam hypothecam pro legatis impertiri ex voluntate

Digitized by Google

tate teſtatoris; quæ voluntas in teſtantibus ſemper eadem fuit, & tamen ad tacitam hypothecam opus fuit lege expreſſa Juſtiniani, cum antea nulla hypotheca fuerit. Sic, niſi ſub Imperatore Marco Senatuſconſultum fuiſſet latum, ut mutuanti pecuniam ad refectionem domus, tacite domus intelligatur oppignorata, nunquam hæc hypotheca eſſet conceſſa, *l.1. ff. in quibus cauſis pignus*. Et ita eſt de aliis legibus, quibus adverſarii abutuntur.

Præterea falſum eſt, quod toties Adverſarii ingerunt, annuum canonem deberi ex fructibus emphyteuſis, cum detur ſolum in recognitionem dominii, adeout ſi fundus fortuito fructus non ferat, non propterea ſit remiſſio, aut diminutio canonis, ut omnes poſt Valaſquez *de emphyt. q.27. n 7.*

Etſi vero Merlinus *lib.3.tit.1. qu.11.* doceat, pro annuo canone dari tacitam hypothecam; tamen recte id in laudemio locum non habere fatetur; tum quia id nullo jure cautum eſt: tum quia laudemium præſtatur ab emphyteuta ipſi domino propter conſenſum, quem venditioni præſtitit, ſeu pro nova inveſtitura: ut propterea cenſeatur omnino a re emphyteutica ſeparatum, nec pariat actionem realem, ſed perſonalem tantum, ut Surdus deciſum refert *dec.* 31. & *dec.* 200. *num.* 2. Hinc eſt, ut domini emphyteuſim concedentes caveant ſibi in inveſtitura, dicendo emphyteuſim eſſe ſibi obligatam tam pro ſolutione canonis, quam laudemii, ut ſcilicet expreſſa hypotheca inducatur, Amadeus *de laudemio qu.* 45. *in fine*.

Sed ſi pro canone non ſoluto expreſſa hypotheca contracta ſit, quæritur quid dicendum ſit, cum ex nova inveſtitura tertius poſſeſſor ad emphyteuſim admittitur, illi a priore poſſeſſore venditam, utrum teneatur pro canonibus a priori non ſolutis? Et verius eſt teneri, quia jus iſtud rei inhæret, & tranſit quocunque res ipſa tranſeat, *l. hactenus* ubi Gloſ. *v. ab ea ff. de uſuſr.* Quare poterit contra tertium iſtum poſſeſſorem ex hypothecaria agi, etiam non excuſſo principali, Gama *dec.* 145. Covarr. 3. *variar.* 7. *num.* 6.

His ita reſolutis, patet quid dicendum ſit in ſimilibus cauſis, ut in decimis, quæ debentur ex fructibus prædiorum, in penſionibus, quæ præſtantur a beneficiato ex fructibus ipſius beneficii. Et certe, ſi juris rigorem attendamus, non alia actio, niſi perſonalis competet; tamen favore piæ cauſæ recipi poſſet, quod communiter docent, nempe dari etiam hypothecariam, etiam contra tertium poſſeſſorem pro præteritis, & non perſolutis decimis, aut penſionibus; & ita de decimis tradit Gigas *de penſion. qu* 39. *&* 43. Capyc. *dec.* 20. *num.* 26. Moneta *de decimis cap.* 6. & de penſionibus idem Gigas *q.*52. Gonzalez ad *reg.* 8. *Cancell. gl.*5. §.5. *n.*45. *& ſeq.*

Ita etiam privilegio univerſitatis, vel fiſci, univerſa bona eorum, quæ cenſentur vice pignorum, tributis obligata ſunt, ut loquitur Imp. in *l.* 1. *C. in quibus cauſis pignus*. Ex quo textu DD. generatim docent, pro collectis, & pro vectigali, quod Principi ſolvitur pro evictionibus rerum, quæ in urbem introducuntur, vel inde efferuntur, hypothecam ſuper bonis ipſis competere; quod etiam videtur colligi ex *l.Imperatores ff. de publicanis, & vectigalibus*, ubi ex Imperatoribus Antonino, & Vero, dicitur, in vectigalibus ipſa prædia, non perſonas conveniri: & ideo poſſeſſores etiam præteriti temporis vectigal ſolvere debere; & habetur etiam ex textu in *l. cum poſſeſſor* §. *pro pecunia ff. de cenſib.* & in *l. prædiis ff. de jure fiſci*, & in *l. fin. C. ſine cenſu, vel reliquis*; qui tamen textus omnes, ut recte notat Guttierez *de gabellis qu.* 169. *n.*4. loquuntur de tributo, quod ex prædiis vectigalibus Principi ſolvitur, non de vectigali, ſeu gabella, ex contractu ſive re mobili debita: ſicuti cenſus in *d. l. fin.* eſt tributum, quod prædiis provincialibus imponebatur, fiſco pendendum; quod ſi in debitum tranſibat, ita ut reſiduum eſſet, dicebatur reliquum: hinc reliqua colonorum dicuntur penſiones reſiduæ a colonis debitæ, *l.* 29. §. *peto ff. de legat.*3.

Ex his Guttierez concludit, has leges locum non habere in vectigali ex rebus mobilibus debito, pro quo tacitam hypothecam negat dari, quod etiam habet Surd. *dec.*32. *num.*10. Id tamen non placet, quia maxime apud nos, ubi vectigal pro prædiis non ſolvitur Principi, ſed in ejus locum præſtatur ex rebus mobilibus; quare ſicut pro illo tacita competit hypotheca, ita etiam pro iſto; nam ſubrogatum ſapit naturam ejus, in cujus locum ſubrogatum eſt.

At vero in aliis locis Univerſitates habent, ut

Digitized by Google

ut dicitur, æſtimum & cataſtum bonorum ſtabilium cujuſcunque Civis, & juxta illud onus ſolvendi tributum ſeu collectas imponitur: onuſque hypothecæ oritur a quo die bona in æſtimo deſcripta ſunt, Mantica *de tacitis lib.* 11. *tit.* 18. *num.* 16. quæ hypotheca perdurat, donec ipſa bona nomine poſſeſſoris deſcripta ibi ſunt; nam deſcriptione ceſſante, finitur hypotheca, *l. ult.* C. *ſine cenſu vel reliquis*, ut loco citato docet Mantica.

Hæc tamen locum non habent, quoties capita cenſentur, ſeu in collectis, quæ ex ſingulis capitibus exiguntur, pro quibus ſola perſonalis actio competit, Soccin. *conſ.* 243. *num.* 1.

De hypotheca orta ex adminiſtratione.

DISCUSSIO IV.

Etiamſi regula ſit, patrem legitimum adminiſtratorem bonorum filii, quem in poteſtate habet, non teneri finita adminiſtratione, rationem reddere, ut *gubernatio rerum earum ſit penitus impunita*, ut ait Juſtinianus in *l. cum oportet* §. *tum autem* C. *de bonis quæ liberis*, & habetur in *l. fin.* §. *ſin autem C. eodem*, ubi id ad reverentiam, quam filiusfam. patri debet, refertur, & nos probavimus in *tit. C. de bonis maternis*: tamen tres ſunt caſus, in quibus pater rationem adminiſtrationis reddere tenetur. I. De iis bonis, in quibus nullum habet uſumfructum, utpote quorum nec legitimus adminiſtrator cenſetur, Soccinus *conſ.* 34. *lib.* 1. Aymon *conſ.* 218. *num.* 3. II. Si pater tranſeat ad ſecundas nuptias, de quo lex non admodum confidit, Fulg. in *l. jubemus* §. 1. C. *ad Trebell.* per illum textum. III. Si pater dolum in rerum adventitiarum adminiſtratione admiſerit, Soccinus *conſ.* 34. *n.* 15. & *ſeq.* ex *d. l. cum oportet* §. *fin.* Quidam addunt & quartum, cum pater ex cauſa legibus cognita valide filiofam donat; etſi enim rei donatæ pater adminiſtrationem habeat, ut rerum adventitiarum, tamen rationem tenetur reddere, Angelus in *l. litis* §. *patri ff. de neg. geſtis*, Pinellus ad *l.* 1. C. *de bonis maternis part.* 2. *n.* 32.

Quæritur modo, in his caſibus utrum bona patris male adminiſtrantis cenſeantur tacite ipſi filiofam. oppignerata? Difficultatem facit, quod Juſtinianus in hac re ſibi ipſi pugnare videtur in *d. l. cum oportet*; nam in §. *non autem*, ait: *Nam autem hypothecam filiifam. adverſus rem patris viventis adhuc, ſeu jam mortui, ſperare audeant*. Deinde in §. *fin.* contrarium aſſerit, dicendo, tacitam hypothecam in rebus patris filio concedi, eamque hypothecam oriri non a tempore malæ geſtionis, ſed ex quo adminiſtratio incepit: quod ipſum videtur colligi ex *l. fin.* §. *ſin autem* 55. C. *eodem*, ubi dicitur, patrem uſuras filio, vel ex redditibus, vel ex ſubſtantia ſua, omnimodo dare compelli.

Pro qua antinomia ſolvenda varias Accurſius profert reſponſiones in *d.* §. *non autem*; nam primo dicit, eum §. corrigi, ex §. *fin.* ejus legis. Quod eſt abſurdum; cum enim hi §§. ſint in eadem lege, prorſus fieri nequit, ut Juſtinianus eodem loco ſibi adverſarius ſit, ſeque ipſum corrigat; lex enim poſterior corrigit anteriorem: at non eadem lex ſe ipſam.

Sed cum videret Accurſius id ſtare non poſſe, alio ſe vertit, aitque filium in bonis patris expreſſam hypothecam acquirere non poſſe, poſſe vero tacitam; nam textus in *d.* §. *fin.* expreſſe de tacita hypotheca ſermonem habet, eamque filiis concedit; at in *d.* §. *non autem* generatim hypotheca dicitur, quam de expreſſa accipere oportet, ne ea lex ſibi adverſetur. Quæ ſolutio nec etiam recipi poteſt, quia cui conceditur plus, non debet negari minus: ſed plus eſt hypotheca tacita ex eo, quod hæc conceditur ſolius legis auctoritate ex privilegio in certis caſibus favore dignis; quare ſi tantum lex filio favorem impertitur, ut tacitam in bonis patris adminiſtrantis hypothecam habeat: non debet deinde negare, quod eſt minus, nempe ut ipſe ſibi filius caveat per hypothecam expreſſam, quæ vulgo unicuique concedi ſolet.

Reſpondet etiam Accurſius, filium nullam habere hypothecam in patris bonis, donec patris ſunt, etiam male adminiſtrantis: at ſi pater res ſuas in alterum diſtrahat, tum filio in eis bonis competere hypothecam, quia jam patris eſſe deſierant. Et hanc reſponſionem veriorem eſſe ait. Eſt tamen falſa; cum enim in *d.* §. *fin* dicatur, hypothecam pro filio oriri ex quo die pater adminiſtrationem accepit, certum eſt concedi hanc

Digitized by Google

hanc hypothecam etiam cum bona apud patrem ſunt, needum alienata; cum nequeat hypotheca dari ſuper bonis jam tempore initæ adminiſtrationis, vel initi contractus alienatis.

Placet ergo, ut duos caſus diſtinguamus, juxta ea, quæ ſtatim initio diſcuſſionis propoſuimus cum Bartolo in *d.* §. *non autem*, & Baldo in *d.* §. *fin.* Primus eſt, ſi pater ob negligentiam, vel imperitiam male adminiſtret bona filii, in quibus uſumfructum habet; & eo caſu nullam filius in bonis paternis hypothecam habebit. Quod probatur, quia tunc pater rationem finita demum adminiſtratione reddere non tenetur, *d. l. cum oportet* §. *non autem*. Ergo nullo modo poteſt apparere utrum pater ſit debitor, an ſecus; quare contra patrem nulla actio, neque realis, neque perſonalis dabitur. Ita præter citatos DD. tradunt Pinellus in *l.* 1. *part.*2. *num.*33. *& ſeq. C. de bonis maternis*, Guttierez *de tutela part.* 2. *cap.*16. *n.*25.

Alter caſus eſt, ſi pater dolo & fraude male adminiſtret; cum enim ſuus dolus nemini debeat patrocinari; inde fit, patrem eo caſu obligari ad rationem adminiſtrationis reddendam, & filii debitor erit; quare tum recte procedet textus in *d.* §. *fin.* ubi tacita hypotheca in bonis paternis, etiam dum patris ſunt, filio impertitur, Mantica *lib.* 11. *de tacitis tit.*16. *n.*16. Socc. *conſ.*34. *num.* 15. *cum ſeq. lib.*1.

Putant vero communiter tacitam hanc hypothecam filio etiam acquiri, cum pater adminiſtrat ea filii bona, in quibus uſumfructum non habet, ut poſt Neguſ. & Guttierez docet Merlinus *lib.*3. *tit.* 1. *q.* 17. *a n.* 8. Sed verius eſt, eam hypothecam locum non habere, ut voluit Baldus Novellus *de dote part.*9. *priv.* 8. motus ex eo, quod tacitæ hypothecæ privilegium fuit a lege inductum pro bonis, in quibus pater habet uſumfructum, & eſt legitimus adminiſtrator, ut propterea nequeat ad alios caſus extendi. Neque obſtat, quod ait Merlinus patrem hic etiam pro legitimo adminiſtratore haberi: quod eſt falſiſſimum; nam peculium plene ſibi quæſitum ipſe filius adminiſtrat, tanquam ſi caſtrenſe eſſet, *l. Imperator ff. ad Trebell.* & de eo poteſt teſtari, *l. ult.* §. *filius autem fam. C. de bonis quæ liber.* quod ſecus eſt in iis, in quibus pater uſumfructum habet, *l. nemo ex lege*, *C. qui teſtamenta*. Conſtat autem, contra legitimum tantum adminiſtratorem oriri ex beneficio legis hypothecam, *l. fin. C. de legit. tutorib.* Quare nec etiam mater habebit bona ſua filio hypothecata, cum ipſius bona adminiſtrat, cum neque ipſa legitime, ſeu ex auctoritate juris, adminiſtret, licet contrarium ſenſerint Molina *de juſtitia & jure, diſp.*536. *n.*6. Guttierez *d. cap.*16. *n.*14.

Neque iterum obſtat, legitimum adminiſtratorem non eſſe debere deterioris conditionis, quam illegitimus ſit: quare ſi legitimus habet bona ſua obligata, etiam non legitimus eodem onere gravari debet, ut ait idem Merlinus *loc. cit. num.*12. Nam reſpondetur, antecedentem propoſitionem veram eſſe, cum nulla adeſt ratio diſparitatis, quæ certe in noſtro caſu adeſt. Nam cum legitimus adminiſtrator detur a lege etiam invitis, quippe pater etiam invito filiofam ejus bona adventitia non plene quæſita adminiſtrat; hinc factum eſt, ut ex alia parte lex filio ſuccurrat, concedendo ei contra dolum patris tacitam hypothecam. At vero quando adminiſtrator non datur a lege, ſed eligitur ſive tacito, ſive expreſſo conſenſu, a bonorum domino, tunc domino privilegium hypothecæ non concedit, utpote qui poterat vel meliorem adminiſtratorem eligere, vel ut facto ſuo elegit, ita poterat facto ſuo ſibi cavere per expreſſam hypothecam. Et hic habet locum regula, quod mala electio culpæ adnumeratur.

Quæritur hic, an ſicut pupillus & minor acquirunt tacitam hypothecam in bonis tutoris & curatoris, ita e contrario tutor & curator acquirant in bonis pupilli, vel minoris, quoties redditis rationibus appareant creditores? Et affirmant Surdus *de alim. tit.* 9. *q.* 44. *num.* 14. *& ſeq.* Mantica *loc. cit. n.*17. ante ipſos Baldus in *l. certi juris*, *nu.* 14. *& ſeq.* C. *de locat.* & moventur ex eo, quia tutor & pupillus exæquantur ab Ulpiano in *l.* 1. *ff. de contraria tutelæ actione*; hoc eſt ut ſicuti tutor obſtringitur pupillo; ita ut tutor facilius ad adminiſtrationem accederet, factum eſt, ut ipſi pupillus ſine tutoris auctoritate civiliter obligetur: *Etenim*, ait Ulpianus, *provocandi erant tutores, ut promtius de ſuo aliquid pro pupillis impendant, dum ſciunt ſe recepturos id, quod impenderint*. Hinc regula docet, correlativo-

ium

Digitized by Google

rum eandem eſſe rationem. Itaque ſicuti pupillus in bona tutoris male adminiſtrantis tacitam habet hypothecam; ita e diverſo tutor, cum aliquid de ſuo pro pupillo impendit, ejus in bonis eandem obtinebit hypothecam.

Quod tamen nihil obſtat, quia in eo textu nulla ab Ulpiano fit inter tutorem, & pupillum exæquatio: immo aperte docemur, pupillum non obligari tutori, niſi actione perſonali; ut patet ex illis verbis: *Scientes pupillum quoque ſibi obligatum fore*; & ex illis aliis: *Ut tutori ſuo pupillus ſine tutoris auctoritate civiliter obligetur*. Ubi ſemper dicitur pupillum obligari, non etiam pupilli bona; quare orietur tantum perſonalis actio in ipſum, non etiam hypothecaria in bona ejuſdem; itaut textus in *d. l.* 1. ad quem ſupracitati DD. provocant, poſſet in ipſos retorqueri, tantum abeſt, ut cum ipſis faciat.

Itaque verius eſt, pupilli bona non intelligi tacite oppignerata tutori, ſicuti nec minoris curatori, ut poſt Albericum, & Ripam, docet Gutierez *de tutela part.* 2. *cap.* 16. *num.* 20. Munnoz *de ratiocin. cap.* 39. *num.* 16. Caldas *de reſtit. in integr. tit.* 15. *part.*5. *num.*42. Quod probatur primo ex *l. fin. C. de legit. tutorib.* ubi Juſtinianus ad tutelam non admittit, niſi eos, qui minorem ætatem exceſſerint, hac motus ratione, ut eorum res poſſint hypothecæ ſubjici. Ex quo ſatis apparet, quod ſi tutor minor ætate eſſet, ejus bona non cenſerentur pupillo tacite hypothecata. Ergo bona pupilli non debent cenſeri tacite obligata tutori; nam ex Juſtiniano colligitur, bona minoris non ſubjici tacitæ hypothecæ; aliter enim minor poſſet eſſe tutor, qui tamen excluditur ex ea tantum ratione, quia ipſius bona tacite obligari non poſſunt.

Probatur II. ratione, quia non eadem eſt ratio pupilli, & tutoris; quia cauſa pupilli eſt favore digna ob publicam utilitatem, cum Reipublicæ expediat bona civium conſervari: qui favor locum non habet in tutore. Ergo licet pro pupillo lex induxerit tacitam hypothecam, non propterea eſt cauſa, cur eandem pro tutore inducat. Et ſane nulla in toto juris corpore lex extat, ubi hæc hypotheca ſtatuatur.

Hinc patet, quid dicendum ſit de Epiſcopis, & Prælatis aliis, qui male bona Eccleſiæ ſibi commiſſæ adminiſtrent. Et certum eſt, ſuper bonis eorundem Eccleſiam tacitam hypothecam acquirere: ſicut enim Eccleſia exæquatur minori; *cap.* 1. *de in integrum reſtitut.* ita e diverſo Prælatus æquiparatur tutori, aut curatori, quorum bona tacite oppignerantur minori & pupillo, Gloſſ. in *cap. ex literis*, *v. obligata de pignorib.* ibique Abbas *num.*11. Felinus in *cap. cum deputati n.* 8. *de judiciis*, Redoanus *de reb. Eccleſiæ non alien. qu.* 2. *cap.* 7. *n.* 12. ubi docet, Prælatum ad inſtar tutoris, teneri utilia proſequi & inutilia prætermittere; quare ſi non acquirat Eccleſiæ, cum juſte poteſt, tenetur de ſuo; ſicut etiam ſi patiatur res & jura Eccleſiæ uſucapi, aut præſcribi. Imo ſunt, qui docent, præter hypothecam, acquiri etiam Eccleſiæ prælationem contra anteriores creditores, ſicut eam uxor in bonis viri acquirit; nam Prælatus habetur tanquam Sponſus Eccleſiæ; *can. ſicut vir*, *can. ſicut alterius* 7. *quæſt.* 1. Ita tradit Ripa in *l. privilegia n.*33. *ff. de priv. creditorum*, Pacificus *de Salv. interdict. inſpect.* 3. *cap.*4. *n.*511.

At vero de matre, quæ tutelam filii pupilli geſſit, eſt advertendum, cum eam ſuſcipit, teneri cavere jurejurando, ſe ad ſecundas non tranſituram nuptias: quod ſi deinde ſpreta jurisjurandi religione tranſeat, debet prius non ſolum petere filio tutorem, ſed etiam rationem adminiſtrationis reddere: quod niſi fecerit, non ejus modo bona, ſed & vitrici tacite oppignerata pupillo cenſentur. Quod ſummum privilegium primum induxere Impp. Valentinianus, & Theodoſius, in *l. ſi mater*, *C. quando pignus tacite contrahatur*, deinde confirmavit Juſtinianus in §. *ſi autem tutelam*, *auth. de nuptiis.* Hoc tamen, quod de vitrico dicitur, intelligi debet juris ordine ſervato, hoc eſt, ut non poſſit recta via contra ipſum agi, ſed tunc demum, cum excuſſis matris bonis, ea reperta eſt non ſolvendo; cum remedium textus in *d. l. ſi mater*, ſit ſubſidiarium, ut ut ibidem docet Bald. *num.* 1. Munnoz *de ratiocin. cap.*34. *num.* 14. Molina *de primog. Hiſpan. lib.*1. *cap.*3. *n.*22.

Intelligi etiam debet, cum mater legitime ſuſcepit tutelam, non etiam cum de facto bona filii adminiſtrat: quo caſu vitrici, ſeu ſecundi viri bona privigno tacite non oppignerantur; immo nec ipſius matris bona, ut

ut jam probavimus, Decius *conſ.* 591. Gutierez *de tutela*, *part.* 1. *n.* 30. Mantica *de tacit. lib.*11. *tit.*16. *n.*5.

De hypotheca uſurarum, & fructuum.

DISCUSSIO V.

COmmunis opinio docet, ſi qui certam ſummam debet, obliget bona ſua ſimpliciter pro debito, non expreſſa certa ſortis quantitate, hypothecam intelligi etiam pro fructibus, vel uſuris contractam; idque locum habere etiam in tacita hypotheca, quæ cum expreſſa pari paſſu procedit, ut diſpoſitum in una, cenſeatur etiam in altera conſtitutum. Ita Neguſ. *part.*5. *memb.* 1. Grat. *cap.* 304. *n.*14. Probant id, quia uſuræ, ut acceſſoriæ, ſortis, e qua germinant, conditionem ſequuntur, ex Scævola in *l. Lucius Titius ff. qui potiores in pignore*, ubi qui pecuniam mutuam dedit ſub uſuris, acceptis pignoribus, non tantum ſortis, ſed uſurarum nomine, quæ poſtea acceſſerunt, potior eſt, & præfertur.

Nobis tamen placet, ut dicamus, hypothecam non extendi, niſi ad ſortem, cum expreſſa hypotheca eſt; duobus tantum ab hac regula exceptis caſibus: primo ſi hypotheca contracta eſt in omnem cauſam: ſecundo, ſi ab initio contractus uſuræ pactæ ſint. Quæ omnia probanda ſunt.

Regula probatur exemplo fidejuſſoris, quo etiam utuntur Adverſarii, ſed perperam; & argumentum a fidejuſſore ad hypothecam valet, §. *pretium*, *Inſtitut. de empt. & vendit.* Fidejuſſor ergo, licet ſimpliciter pro debito ſpondeat, tamen in pœnam, vel mulctam, quam non ſpopondit, conveniri non poteſt, *l. fidejuſſores magiſtratuum ff. de fidejuſſ.* Et ratio eſt, quia obligatio non extenditur ultra id, quod tempore obligationis initæ debetur; quare ut fidejuſſor de uſuris teneatur, neceſſe eſt, ut expreſſe tam pro ſorte, quam pro uſuris intercedat, ut patet ex *l centum Capuæ ff.de eo quod certo loco*, ſi fidejuſſor ad uſuras teneri dicitur, propterea quod duas ſtipulationes fecit, alteram ſortis, uſurarum alteram. Et fruſtra hunc textum ſecum facere putant Adverſarii.

Quod ſi objicias, moram rei fidejuſſori quoque nocere, ut dicitur in *l. mora ff. de verb. obl.* reſpondemus, ibi ſermonem ab Ulpiano haberi, in quantum ad rem ipſam debitam, veluti ſi poſt moram a debitore commiſſam, Stichus, qui debitus eſt, pereat, ex ſervi obitu tenetur ipſe quoque fidejuſſor; nam ibi juriſconſultus de rei interitu loquitur, ut in textu patet. Secus eſt, ſi ob moram petantur uſuræ, quo caſu fidejuſſor ex mora non tenetur, ut docet Africanus in *d. l. centum*, ibi: *Nec oportebit, quod forte per reum ſteterit, quo minus tota centum Capuæ ſolverentur, & obligationem fidejuſſoris augeri*. Ubi notanda ſunt verba illa, *obligationem augeri*; nam cum per moram obligatio fidejuſſoris non augetur, ut eſt cum ſpecies debita perit, tum debitoris mora fidejuſſori nocet, ut ait Ulpianus: ſed ſi augeretur, veluti ſi ob moram uſuræ debeantur, eo caſu mora fidejuſſori non nocet, ut ait Africanus

At vero prima exceptio hujus regulæ probatur ex Paulo in *l. quæro ff. locati*; docet enim fidejuſſorem conductoris etiam in uſuras non ſolutarum penſionum teneri, cum ſe in omnem cauſam conductionis obligavit; vel cum aliis verbis eſt uſus, quæ illis æquivaleant, ut ſi dictum ſit a locatore, *In quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua eſſe jubes?* quia enim uſuræ in contractibus ex bona fide debentur, ideo pro uſuris etiam fidejuſſor intercesſiſſe intelligitur. Idem eſt, ſi conductor dixerit, *indemnem me præſtabis?* Ex quo textu firmatur ſuperior regula; nam ſi in his caſibus ſpecialibus fidejuſſor ad uſuras tenetur, ergo in reliquis non obligatur: quippe exceptio firmat regulam in contrarium.

II. Exceptio probatur ex *d. l. Lucius Titius*, qua Adverſarii abutuntur; nam Scævola ſermonem expreſſe habet de eo, qui pecuniam mutuo accepit ſub uſuris, itaut earum obligatio non naſcatur poſt initum contractum, a die moræ, ſed cum ipſo contractu oriatur. Ex quo fit, ut creditor ſub pignore, qui prælationem habet pro ſorte, quia tempore anterior, eandem pariter habeat pro uſuris; quocirca ſecus eſſet, ſi uſuræ non ſtatim cum ipſo contractu ortæ eſſent, ſed deinde poſt moram admiſſam inciperent deberi. Idem prorſus dicendum eſt de hypotheca, ut ſcilicet tunc ad uſuras extendatur, cum uſuræ jam pactæ erant tempore, quo hypotheca fuit contracta.

Hæc

Digitized by Google

Hæc diximus de hypotheca expreſſa: idem dubium eſt de hypotheca tacita ex beneficio legis. Unde cum maritus conſtante matrimonio, debeat uxori alimenta, quæſitum eſt, an ſicut ipſa pro dote habet bona viri tacite oppignerata, ita quoque habeat pro alimentis, ſi ea vir deneget, vel vergat ad inopiam? Et Guidon Papa *conſ.* 127. Baldus Novell. *de dote part.6. priv.* 7. Surd. *de alim. tit.*8. *priv.*52. Gratian. *cap.*634. & alii docent, hypothecam etiam ad alimenta porrigi: & moventur, quia alimenta debentur a viro, tanquam pro uſuris dotis: ergo ſicut ad uſuras extenditur hypotheca, ita etiam ad alimenta.

Sed nos jam probavimus, falſum id eſſe, quod hic aſſumitur; non enim hypotheca pro uſuris competit, niſi in duobus caſibus, cum regula in contrarium ſit. Unde argumentum poſſet contra Adverſarios retorqueri, nempe ſi hypotheca non ſe extendit ad uſuras, ergo neque etiam ad alimenta, quæ loco uſurarum debentur. Et ita tenet Bartolus in *l. Lucius num.*4. *ff. de alim. & cib. legat.* Imola in *l. ſi cum dotem* §. *item pater, num.* 25. *ff. ſol. matr.* Abbas *conſ.*43. *ad fin.* Roman. *conſ.*454. *n.*28. Barb. in *l.* 1. *part.* 3. ſub *n.* 28 *ff. ſol. matr.* Gratian. *dec.* 129. Medic. *dec. Senenſ. exam.*48. *n.*5. qui addunt & aliam rationem, quia tacita hypotheca a lege uxori conceditur pro reſtitutione dotis, quæ reſtitutio longe abeſt a petitione alimentorum.

Quod ſi uxor mortuo viro petat alimenta, quæ ſibi debentur intra annum luctus, nec etiam ei hypothecam competere ſcripſit Jacobus Ruffinus Parmenſis, ut Bartolus refert in *d. l. ſi cum dotem* §. *ſin autem in ſeviſſimo*, & movetur duabus rationibus: primo, quia hæc hypotheca pro alimentis nullo jure cauta reperitur: ſecundo, quia alimenta non ſunt onera prædialia. Sequitur Joan. Andr. ad Specul. *tit. de dote poſt divortium reſtituenda*, in §. *formatis* ad *num.*15. Id ipſum eſt de his alimentis, quæ peterentur poſt annum luctus; nam tum nulla viduæ alimenta debentur, Can. in *cap. ſalubriter de uſuris*: at ſi in pactum deducta ſint, puta ſi heredes viri ea præſtare ſe obligaverint, eo caſu imputarentur in ſortem, Bartolus in *l. ſi inſulam* §. *uſuras n.*3. *ff. ſol. matr.* Surd. *conſ.*194. *n.*13.

Plurima de hypotheca dotis tacita eſſent hic dicenda: ſed quoniam de his egimus in *Tract. de dote*, amplius hic immorandum non eſt.

De jure & ordine Creditorum.

REm aggredimur ſatis in foro frequentem, quæ vulgo Creditorum concurſus dicitur; etſi enim antiquitus, cum debitor erat decoctor, & non ſolvendo, creditoribus omnibus fieret ſatis, qui tamen decideban pro dimidia, tertia, vel quarta parte crediti, vide Cujacium & Hotomanum in *tit. Inſtitut. de ſucceſſionibus ſublatis*, & Antonium Auguſtinum 2. *emend.* 7. hodie tamen ſecus eſt, & qui priores vel tempore, vel jure ſunt, totum æs ſibi debitum accipiunt, exhauriuntque debitoris patrimonium, ita ut ſæpe poſteriores creditores totum amittant. Itaque hac in re ſeparandi invicem ſunt creditores perſonales, & hypothecarii, cum diverſa in unis, atque in alteris jura procedant. Nam creditor hypothecarius, licet tempore poſterior, præfertur creditori anteriori, qui perſonalem tantum actionem habet: quippe in hypothecariis tantum locum habet regula, ut qui prior in tempore eſt, potior ſit in jure, *l. creditor* 12. §. *ſi primus ff. qui potior. in pign. l. eos C. cit tit.* Quod adeo verum eſt, ut hypothecarius ex cauſa lucrativa poſterior præferatur etiam creditori anteriori ex cauſa oneroſa, qui ſola perſonali actione innitatur, *d. l. creditor* §. *ſi primus l.* 1. *C. de jure fiſci*. Ita quoque ſi debitor ex perſonali deinde contrahat cum altero, cui bona obliget, & tandem pro primo etiam hypothecam ſtatuat, hic erit poſtponendus, Pacificus de Salv. *inſp.*3. *cap.*2. *n.* 520. His breviter poſitis, ad quæſtiones deveniamus.

Quando creditor ex inſtrumento cum hypotheca poſterior præferatur creditori ex idiochiro anteriori.

QUÆSTIO I.

AGitur de hac re in nobili textu Imperatoris Leonis in *l. ſcripturas* §. *ſin autem C. qui potiores in pignore*, ubi habetur, quod ſi idiochirum oſtendatur (vocat idiochirum, quod vulgo chirographum dicimus) ſubſcriptum a contrahentibus ſine teſtibus, vel cum duobus tantum, & in eo appareat quis

Digitized by Google

quis creditor Titii, ſub hypotheca, tunc is creditor aliis creditoribus poſterioribus, qui ex perſonali ſolum actione agunt, præferetur poſteriori creditori, qui hypothecam proponat ex inſtrumento publice confecto. Unde creditores de ſuo jure experiuntur ſuper bonis debitoris decoctoris, ultimo loco chirographariis iſtis fit ſatis, Genua *de ſcript. priv. qu.16.* Guttierez *pract. qu. lib.* 1. *qu.* 102. *num.6.* & alii communiter. Quod verum eſt, etiam facta ipſius idiochiri recognitione per debitorem, quæ ſemper præmittenda eſt; ita tamen, ut recognitio retrotrahatur ad tempus confectionis, idem Guttierez *qu.*125., Faber in *C. tit. quib. caſib. pignus def.* 8. & *de error. pragm. dec.*1. *err.* 2. *n.*19. & *err.*3.

Sed vero, ſi quinque ſimul adſint, creditor chirographarius præferetur creditoribus poſterioribus ſub hypotheca ex publico inſtrumento orta. I. ſi adſit ſcriptura. II contrahentium ſubſcriptio. III. trium teſtium probatæ & integræ opinionis ſubſcriptio. IV. ſi propriam ipſi ſubſcriptionem recognoſcant. V. demum ſi ipſi teſtes maſculi fuerint. Ita in *d. l. ſcripturas* §. *ſin autem*, Covarr. *pract. quæſt. cap.* 23. Guttierez *d. cap.* 102. Ex quo textu apparet, duos teſtes non eſſe ſatis, ſed tres de forma exigi; nam ait: *Niſi forte probatæ, atque integræ opinionis, trium, vel amplius virorum ſubſcriptiones eiſdem idiochiris contineantur.* Id autem factum eſt, quia ita clarius & certius fraus evitatur, & quia contra creditorem ex inſtrumento poſteriori opus eſt, ut æqualis probatio producatur: at talis non eſt ſcriptura privata duobus tantum teſtibus ſubſcripta, ut patet ex eo, quod in inſtrumento adſunt etiam duo teſtes, & præterea publicæ ſcripturæ auctoritas; quare viſum fuit, ut tertius adderetur teſtis, ut privata ſcriptura publicæ queat æquiparari, Salycetus in *d. l. ſcripturas n.*5. qui & illud memoria dignum addit, quod ſi unius creditoris idiochirum duos habeat teſtes, alterius vero tres, iſte illi præferendus ſit.

Verum cum agitur de ſcriptura per teſtes recognoſcenda, creditores poſteriores, qui ſe opponunt, citandi ſunt, ut adſint, Surdus *conſil.*82. *num.*21. Gaitus *de credito cap.*4. *n.* 1534. Sed ſi teſtes mortui fuerint, videtur ſatis ut alii ſubrogentur, qui manus mortuorum cognoſcant, Caſtr. *conſ.* 34. Cephal. *conſ.*270. Burſat. *conſ.* 103. Gratian. *deciſ.*44 late Genua *de ſcriptura priv. qu.*16. quamvis alii contra nitantur apud Merlinum *lib.* 4. *tit.*1. *qu.*15. *n.*49.

Sunt qui docent, creditum & hypothecam poſſe etiam probari ſine ſcriptura, immo etiam ſine tribus teſtibus, ſed duobus tantum, qui atteſtentur etiam de tempore, quo actus fuit a contrahentibus celebratus. Et probant I. Nulla lex eſt, quæ ad hypothecam, aut ſcripturam tres omnino teſtes exigat. II. quia ita quoque fraudis ſuſpicio ceſſat.. dta Tiraquellus *de retractu gl.*7. *n.*59. *in fin.* Quæ opinio vera eſt, ſi loquamur de ſimplici hypotheca, quam & ſine ſcriptura, & duobus teſtibus probari poſſe concedimus: ſed falſa eſt, ſi de prælatione ſermo ſit: quippe obſtat aperte textus in *d. l. ſcripturas*, ubi ad prælationem creditorum poſteriorum, qui inſtrumentum & hypothecam habent, præter ſcripturam exiguntur etiam tres teſtes, qui non ſolum tollant ſuſpicionem fraudis, ſed etiam æque ac publicum inſtrumentum probent, ut jam diximus, & recte notat Merlinus *loc. cit. a n.*37. *ad* 41.

An tacita hypotheca anterior præferatur expreſſæ poſteriori.

QUÆSTIO II.

Etſi quidam putent, creditorum tacitam dumtaxat hypothecam habentium ordinem illum eſſe debere, ut iis ſolum præferantur, qui perſonali nituntur actione, at non item ceteris qui hypothecam habent expreſſam, licet hi tempore poſteriores ſint; Faber tamen *dec.6. err* 1. recte docet, tacitam hypothecam anteriorem præferri expreſſæ poſteriori juxta regulam textus in *l.*2. & *l. ſi fundum C. qui potiores in pign.* & *l. potior. ff. eod.* in quibus ſine ulla diſtinctione inter tacitam & expreſſam hypothecam, generatim traditur, ut prior in tempore ſit potior in jure; nam obligatio pignoris ex die contractus naſcitur; *l.* 1. *in fin.* & *d. l. potior* §. *ſi colonus ff. eod.* & ex quo nata eſt, rem ipſam afficit, quandiu pecunia ſoluta non eſt, *l. grege* §. *etiam ff. de pignor.*

Probatur etiam ex regula, quæ docet, taciti eandem vim eſſe atque expreſſi, modo excipias ſervos propter penſionem obligatos, qui ſi expreſſe obligati ſint, non poſſunt ma-

numitti, ſin tacite dumtaxat, poſſunt, *l. licet*, *l. ex differentia ff. in quibus cauſis pignus.* Sed & interdum evenit, ut qui tacitam dumtaxat hypothecam habet, licet poſterior ſit tempore, habeat tamen privilegium prælationis, ut etiam creditoribus anterioribus expreſſam hypothecam habentibus anteponatur: quemadmodum cernere eſt in eo, qui pecuniam credidit ad ædificii reſtitutionem, quem conſtat habere privilegium non ſolum tacitæ hypothecæ, ſed etiam prælationis, ut diximus ex *l.* 1. *cod. l. crediter ff. de reb. creditis*, *l. interdum*, *& ſeq. ff. qui potior. in pign.* Item in pupillo, ex cujus nummis res comparata eſt, *l. idemque*, *eod. l* 3. *in princ. ff. de reb. eorum qui ſub tutela*. Item in muliere ex *l. aſſiduis*, C. *qui potior. in pign.* Et pariter in fiſco; nam debitor meus, qui mihi expreſſe obligavit quæ habet, habiturusve eſſet, ſi deinde contrahat cum fiſco, ex quo contractu omnia ejus bona etiam futura fiſco tacite hypothecata cenſentur; tunc in bonis quidem jam tempore ſecundi contractus extantibus præfertur, qui expreſſam hypothecam habet, at in rebus poſtea quæſitis præfertur fiſcus etſi poſterior, & ſolam tacitam habens hypothecam, *l. ſi is qui mihi ff. de jure fiſci*.

Excipiunt tamen, ſi is, qui tacitæ hypothecæ privilegium habet, ſibi caveret per expreſſam, ſive in ipſo negotio, ſive ex poſt facto, quo caſu expreſſa facit, ut tacitæ nullus locus ſit, ut tradit Neguſ. *part.* 2. *memb.* 3. *tr.* 5. & ſequitur Faber *loc. cit. n.* 6. Et probant ex *l. ult. C. de pactis conventis tam ſuper dote*, ubi Juſtinianus non aliter mulieribus dat privilegium tacitæ hypothecæ pro bonis paraphernalibus, quam ſi expreſſam nullam adhibuerint; expreſſa enim pignoris conventione intercedente, eas ſolas mariti res obligatas eſſe ſtatuit, quæ expreſſim pignori datæ ſunt, non item ceteras, quæ alioquin tacitæ hypothecæ vinculo continerentur; ea ratione, quia minime neceſſe eſt, ut lex ei proſpiciat, qui ipſe ſibi proſpexit: cum tacitæ hypothecæ privilegium non aliam ob cauſam ſit inductum, quam uti ne periclitetur creditor, qui ex juſta aliqua cauſa privilegio & auxilio dignus videatur. Unde dicitur: expreſſum facit ceſſare tacitum. Quibus conſequens eſt, ut ſi is, qui ab initio tacitam hypothecam habuit; & eo jure poſteriores creditores licet expreſſam hypothecam habentes vincere potuit, poſtea expreſſim pignus acceperit, poſtponendus ſit ceteris creditoribus hypothecariis, qui medio tempore contraxerunt: quia eum tacitam hypothecam nullam habeat, ſupereſt expreſſa ſola, in qua poſterior eſt.

Ita pariter probatur ex *l. cum colono ff. quibus modis pignus ſolvitur*, ubi ſi cum colono mihi convenit, ut invecta & importata pignori eſſent, donec merces mihi ſoluta, aut ſatisfactum eſſet, ſi deinde mercedis nomine fidejuſſorem a colono accepi, ſatisfactum mihi videtur, & ideo illata pignori eſſe deſierunt.

Objicies ex Papiniano in *l. creditor acceptis*, juncta *l. ſi prior ff. qui potiores in pignor.* ubi quis cum pignus accepiſſet, poſtea novatione facta idem pignus accepit, ait Papinianus in ſui locum ſuccedere, & priſtinum temporis ordinem retinere, veluti ſi pro decem, quæ mutuo dedi, domum tuam mihi obligaſti, deinde alia mutuo dem, & animo novandi pro omnibus eandem mihi domum pignori ſupponas, non amitto prærogativam temporis pro primis decem, Cujacius 51. *obſ.* 32. Ergo a pari per ſecundam expreſſam hypothecam non videtur amiſſa prior tacita.

Reſpondet Faber negando paritatem, & diſtinguimus inter tacitam hypothecam anteriorem, & expreſſam; expreſſa namque hypotheca, quia res facti eſt, fieri nequit, ut pro non expreſſa habeatur, propterea per poſteriorem etiam expreſſam non tollitur. At ſecus eſt de tacita, quæ ſicut ex lege & jure eſt, ita facile per legis juriſque rationem in eum ſtatum reduci poteſt, ut nunquam competiiſſe exiſtimetur, licet aliquando revera competierit; id vero accidit, cum expreſſa accedit, quæ quandocunque ſuperveniens facit, ut ceſſet ratio tacitæ inducendæ, & conſequenter ut inducta finiatur. Nam quemadmodum lex nihil fingit fruſtra, ita nec fictionem, quæ aliquando utilis eſſe potuit, retinet, ex quo incipit fieri inutilis, ideſt ex quo pervenit ad eum caſum, a quo non potuit incipere.

Hinc idem Faber *num.* 11. cautionem creditori præſtat, ut proteſtetur, cum acquirit ſibi jus expreſſæ hypothecæ, velle ſe ſalvum ſibi manere ordinem, quem alioqui ex tacita hypotheca erat habiturus inter hypothecarios creditores. Neque enim dubi-

tan-

tandum eſt, quin ejuſmodi proteſtatione jus potioris pignoris retenturus ſit, cum nulla ex eo injuria fiat illis, quibus medio tempore jus quæſitum eſt, quos æque ſuperaturus eſſet, etſi tacitam dumtaxat hypothecam habuiſſet.

Alii tamen in hac quæſtione varia diſtinctione utuntur, maxime cum agitur de dote; nam poſt Cynum quidam docent, quod ſi uxori poſt contractum matrimonium vir generali expreſſa bonorum hypotheca caveat, per eam non cenſeri renunciatum tacitæ hypothecæ, quæ etiam generalis eſt: at e diverſo ſi expreſſa hypotheca ſpecialis ſit, videri tacitæ renunciatum. Tota hæc diſtinctio nititur in conjectura voluntatis contrahentium, qui dum poſt generalem tacitam inducunt ſpecialem expreſſam, id in animo habuiſſe videntur, ut generalem illam præcedentem reſtringant: quod dici, aut præſumi nequit, cum utraque generalis eſt. Sequitur Salycetus in *d. l. ult. C. de pactis conventis tam ſuper dote*, Alexander *conſ.* 58. *n.* 2. *& ſeq. lib.*7. Mantica *de tacitis, lib.*11. *tit.* 19. *num.*42. Quæ opinio locum habere non poteſt; nam etiam qui generalem poſteriorem hypothecam expreſſe contrahit, eo animo feciſſe videtur, ut tacita illa priori generali amplius uti nolit: aliter fruſtra expreſſam contraxiſſet, ſi tacita uti voluiſſet, ut patet. Et recte generatim dicitur, quod proviſio hominis ceſſare facit proviſionem legis, *l.* 1. *ff. de eo quod certo loco*, *l.*4. *§. ſi ex conventione ff. de re judicata*.

Alii dicunt, nunquam in dote per poſteriorem expreſſam tolli priorem tacitam, ſive prior illa ſit generalis, ſive temporalis, ut Joann. gloſſator ſenſit apud Accurſium in *d. l. ult. v. contentam*. Et moventur, quod poſteriorem expreſſam deterius jus dotis efficeretur, contra regulam, quod conſtante matrimonio jus dotis deterius a viro fieri non poteſt, *l. ſi unus §. quod & in ſpecie ff. de pactis*, *l. de die ff. de pactis dotalibus*. De qua tamen regula vide Neguſ. *part.* 2. *membro* 4. *n.* 84. *cum ſeq.* Itaque hoc caſu nec etiam ſi velit, poteſt uxor per expreſſam poſteriorem derogare anteriori tacitæ. Aliter tamen diſtinguit Merlinus *lib.*3. *tit.* 2. *qu.* 59. quem vide.

De ordine ſcripturæ inter hypothecarios.

QUÆSTIO III.

SI quis mutuo a pluribus pecuniam recipiens, omnibus eadem ſcriptura bona ſua hypothecæ ſubjiciat, ita tamen, ut unus ex ipſis ſit prior poſitus & nominatus, alter poſterior, quæri ſolet, an ex iſto ſcripturæ ordine inducatur prælatio, an potius ſimul concurrant? Et plures ſunt, qui ordinem attendendum eſſe docent, Lapus *alleg.* 85. Collegium Bonon. poſt Zabarellam *conſ.* 1. Collegium Patavinum *conſ.* 2. Tiraquellus *de jure primog. qu.* 19. *num.*6. Angelus *conſ.* 352. Pacificus *de Salv. inſpect.*3. *cap.*3. *n.*439. Gratian. *cap* 586. *n.*39.

Probant id primo ex *l. quoties ff. de uſufr.* ubi ſi duobus uſusfructus legatus fuerit, ita ut alternis annis utantur fruantur, primo loco poſitus prius uſumfructum accipit, deinde alter. Ita quoque in *l. generaliter §. quis ergo ff. de fideicomm. libertatib.* ſi plures legatarius ſervos ſit rogatus manumittere, & ad quorundam pretium ſufficiat id, quod relictum eſt, ad omnium vero non ſufficiat, ii manumittendi, qui priores in ordine ſcripturæ ſunt. Concordat jus canonicum; nam in reſcriptis primo nominatus ceteris præfertur, *cap. auctoritate, de conceſſione præbendæ in* 6. idemque colligitur ex *cap. pen. de elect. in* 6.

Probatur II. ratione, quia cum ordo ſcripturæ ad negligentiam ſcribentis referri non debeat, conſequens eſt, ut primo nominatus, cenſeatur primo invitatus. Unde eadem gratia pluribus conceſſa, primo loco poſitus eſt præ ceteris providendus, ut citati DD. referunt. Hinc eſt, quod cum Urbanus V. S. Pontifex unum ex Fratribus Minoribus ad Cardinalatum vellet promovere, Fratres, qui juſſi erant tres ex ſuo cœtu nominare, ut ipſe ex his, qui ſibi præſtantior videretur, eligeret, ne alicui præjudicium ex ordine ſcripturæ inferrent, nomina trium Fratrum in orbem deſcripſere. Videntur imitati oraculum Apollinis; nam ſciſcitanti, quis ſeptem Sapientum primus eſſet, Apollo juſſit, ut in pila nomina eorum inciderentur. Ita nullus erit primus, nullus ultimus, Auſonius in Solone:

Recte olim ineptum Delphicus luſit Deus
Quærentem, quiſnam primus Sapientum foret:
Ut in orbe tereti nomina eorum incideret,
Ne ultimus eſſet, ne vel imus quiſpiam.

Sed tamen ob eam rem indignatus eſt S. Pontifex, qui nullum ex illis elegit, & fertur dixiſſe, *Vos ordinem non ſervatis, neque ego ſervabo*. Itaque Generalem Franciſcanæ familiæ, qui nominatus non erat, Cardinalem fecit, Felinus in *cap. cum dilecta, num.4. de reſcriptis*, Collegium Patavinum *loc. cit.* idemque Collegium Bononienſe *d. conſ.* 1. ubi *num.* 28. ait, Collegium primo ſcriptum præſumi prius conditum.

Hæc tamen nihil obſtant; nam locum habent, & vera ſunt, quando plures conjunctim admitti non poſſunt; cum enim unus alterum omnino excludat, qui prius poſitus in ſcriptura eſt, dicitur præpoſitus ceteris. At ſecus eſt, cum plures ſimul concurrere & admitti poſſunt, ſaltem quilibet in parte, uti eſt in pluribus creditoribus ejuſdem debitoris, qui per concurſum admitti poſſunt æqualiter, decidendo unoquoque e parte ſui crediti, ut nullus eorum excludatur.

Quod probatur, quia quæ in eodem inſtrumento ſcribuntur, fieri dicuntur in continenti, & uno contextu, ſeu ſimul, Gl. in *l. in operis ff. locati*, Baldus in *l.* 1. *ad finem, C. de operis libertorum*, & in *l. petens, num.*49. *C. de pactis*. Sed in his, quæ ſimul fiunt, datur ordo temporis, hoc eſt, neque prius, neque poſterius, *l. idemque ff. qui potior. in pign.* ubi ſi duorum pupillorum nummis res fuerit comparata, ambo in pignus concurrent pro his portionibus, quæ in rei pretium fuerint expenſæ: nempe quia ſimul utriuſque pupilli pecunia fuit ſoluta nequit unus alteri præferri, etiamſi fingas prius unius pupilli, quam alterius nummos ſolutos, aut adnumeratos venditori. Idemque patet ex *l. ex facto §. ſi quis autem ff. ad Trebell.* ibique Ripa *num.*7. Cancer. 7. *variar. num* 302. Ergo neque hic ordo temporis locum habere debet, ſed omnes ſimul creditores admittentur, quamvis unus poſt alterum in eodem inſtrumento vel idiochiro ſcripti.

Facit etiam, quod Tabelliones, cum contrahentium voluntatem in ſcripturam redigunt, in dirigendis creditorum nominibus, non ſequuntur, niſi ſuum arbitrium, & ut caſus fert: aut ſolum ex dignitate unius præ alio moventur, ut antea illum, deinde hunc ſcribant; quocirca injuſtum erit, ut poſtea ex hoc ſcripturæ ordine unus alteri præferatur: contra, æquum eſt, ut jus æque omnibus quæſitum dicatur. Ita Jaſon in *l. ſi ita ſcriptum, n.* 8. *&* 11. *ff. de legat.* 1. Surdus poſt alios *conſ.* 217. *n.*9. & *dec.* 322. *num.* 65.

Sunt tamen qui diſtinguant duos caſus. Prior eſt, ſi eadem oratione, ſeu unica verborum conceptione, fuerit creditoribus omnibus hypotheca conceſſa, veluti, Titio & Cajo bona mea pignori ſubjicio, & omnes ipſi ſimul concurrent. Alter eſt, ſi in diverſis orationibus eadem res prius uni obligetur, tum alteri, & eo caſu non videntur ambo ſimul admitti debere. Utrumque probant ex *l. ſi fundus §. ſi duo ff. de pignor.* ubi hæc habentur: *Si duo pariter de hypotheca paciſcantur, in quantum quiſque obligatam hypothecam habeat, utrum pro quantitate debiti, an pro partibus dimidiis quæritur. Et magis eſt, ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum*. Deinde in quantum ad actionem agitur his verbis: *Sed ſi ſimul illi, & illi, ſi hoc actum eſt, uterque recte in ſolidum aget: ſi minus, aget unuſquiſque pro parte*. Ita Bartolus ibidem, & Bald. Neguſ. *part.* 5. *memb.*2. *n.*31. *&* 45. Pacificus *de Salv. inſpect.* 3. *cap.*2. *n.*439. *cum ſeq.*

Sed ſi recte attendamus, Martianus in *d. §. ſi duo*, ſermonem non habet de pignore, quod prius, aut poſterius ſit, ſed tantum de actione, quæ vel pro ſolido, vel pro parte competit. Immo ex eo textu eligi argumentum poteſt pro ea ſententia, quam ſupra poſuimus, ut ſcilicet ſemper ſimul concurrant; ſi enim Martianus ait, hypotheca duobus conſtituta, rem eſſe cuique eorum obligatam pro quantitate crediti, conſequens fit, ut nullus ipſorum poſſit eam rem totam ſibi capere, & alterum excludere; propterea ſemper ſimul concurrent. Itaque textus poſſet contra Bartolum retorqueri, tantum abeſt, ut ei faveat. In ultimis verbis legis etiam Bartolus deceptus eſt, qui non animum advertit ad illa, *Si hoc actum eſt*; quorum ſenſus eſt, ut tunc hypothecariorum creditorum, qui ſimul conſtituti ſunt, poſſint agere in ſolidum, cum id actum eſt, hoc eſt, ita convenerunt, ita pacti ſunt: quod ſi nihil

hil de hac re expreſſum dictum ſit, tum aget unuſquiſque pro parte. Ergo non diſtinguit Martianus illos caſus, quo Bartolus fingit, utrum ſit in eadem oratione hypotheca duobus conſtituta, an in diverſa; qui quidem omnes ſemper ſimul hypothecam acquiſiviſſe dicentur, cum in eo inſtrumento illis conceſſa eſt, ut jam probavimus. Sed diſtinguit ſolum, ut aliud ſit, ſi expreſſe de actione in ſolidum pacti ſint, aliud, ſi nihil de eo expreſſerint; ponit tamen in utroque caſu eis ſimul hypothecam conſtitutam, illis verbis, *ſed ſi ſimul illi, & illi*, hoc eſt, hypothecam uno eodemque inſtrumento ſibi quæſiverint, vel qua alia ſcriptura.

Illud tamen verum videri poteſt, ſi partes & capitula inſtrumenti ſint diverſa, ſeparata, & diſtincta, creditores debere admitti eo ordine, quo ſcripti ſunt, cum tot videantur eſſe contractus, quot pacta & promiſſiones ſunt: adeoque per prius & poſterius ratione temporis, quamvis momentanei, Lazarius *tract. de momento cap.* 17. *a num.* 10.

De hypothecis, quarum quæ prior ſit, non apparet.

QUÆSTIO IV.

Cum duo hypothecarii creditores concurrunt, qui inſtrumenta eodem die conſcripta oſtendunt, ut non conſtet quinam ex ipſis prior ſit, quiſve poſterior, quæſitum eſt, quiſnam admitti prius debeat? Et ſane non levis in jure noſtro dubitatio eſt, cum de perſona non conſtat, ſcilicet ſi plures perſonæ ſint, quarum quæ præferenda ſit, ignoramus, quidnam eo caſu agendum ſit. Placet tamen opinio Accurſ. in *l. qui duos v. ſuperſtes ff. de reb. dubiis*, qui regulam eſſe ait, ut omnes excludantur; & probatur ex eo, quod ſi duo ſint Titii, nec appareat, de quo in tutela danda teſtator ſenſerit, neuter tutor erit, quia non jus deficit, ſed probatio, ut ait Paulus in *l. duo ſunt ff. de teſtamentar. tutela*: ita etiam, quoties non apparet, quis heres inſtitutus ſit, inſtitutio non valet, *l. in tempus §. quoties ff. de hered. inſtit.* ita etiam eſt in legatis libertatibus, reouſque aliis, *l. ſi fuerit ff. de reb. dubiis*.

Objicies, quod dicitur in *d. l. qui duos ff. de reb. dubiis*, ubi pater, qui duos impuberes filios habebat, ei, qui ſupremus moreretur, Titium ſubſtituit: accidit, ut duo impuberes ſimul in navi perierint, & ait Triphoninus, ſubſtitutum utrique heredem eſſe. Sed reſpondetur, hunc eſſe ſpecialem caſum ſpeciali ratione firmatum, propterea quod ſupremus non ſolum ex comparatione dicitur, ſed etiam abſolute, cum ſupremus etiam de uno dicatur; nam & qui unicum filium habet, ſi ſupremo morienti ſubſtituat, valet ſubſtitutio. Ita ibidem Triphoninus, qui & illud addit, eodem modo proximum de uno recte dici, ut proximus agnatus intelligatur etiam, qui ſolus eſt, quique neminem antecedit. Et Antonius Faber in *conſ.* 1. *pro Ducatu Mantuæ, in præfatione*, docet, primum apud Juriſconſultos etiam de eo, qui unicus ſit, recte dici, & cum capitula librorum feudalium unica ſub quoque titulo ſint, a DD. paſſim prima capitula appellantur, & citantur. Quod factum eſt ex ſpeciali quadam legum conſuetudine, cum alioqui primus is ſit, qui alium ante ſe non habet, ſed alium poſt ſe habet; & e contrario ſupremus, ſeu ultimus vocetur, qui alium ante ſe habet, ſed nullus eum ſequitur, ut Ariſtoteles in *arte poetica* docet. Itaque in caſu propoſito cum duo impuberes filii ſimul periiſſe proponantur, ut ambo ultimi, & ſupremi videri poſſint, factum inde eſt ex ſpeciali, ut dicebamus, ratione, ut ſubſtitutus in utriuſque ſucceſſionem admitteretur. Quare hic caſus erit exceptio regulæ illius, quæ ait, neutrum admitti, cum dubium eſt, uter debeat admitti, ut Accurſ. ibi docet, licet rationem ſpecialitatis non ſit aſſequutus.

Quod diximus, cum de perſona dubium eſt, idipſum intelligas, quoties dubium eſt de re, cum eadem ratio eſſe videatur. Hinc ſi duo proponerentur teſtamenta eodem die condita, ut utrum prius ſit non appareat, docet Julius Pacius in *§. ult. Inſtit. quibus modis teſtamenta infirmentur*, neutrum valere. Quare in quæſtione noſtra dici poſſet, neutrum quoque ex creditoribus hypothecariis eſſe admittendum, cum eodem die conſtituti ſunt, nec conſtat uter utro prior ſit. Communis tamen opinio contrarium docet, ambos ſimul admitti, cum ob incertitudinem unus alterum non poſſit expellere, Neguſ. *part.* 5. *memb.* 2. *num.* 31. Angel. *conſ.* 208. ſub *num.* 3. Franch. *dec.* 260. *n.* 4. Coſta *de rata par-*

Digitized by Google

portione qu. 15. Pacificus *de Salv. inſp.* 3. *cap.* 2. *num.* 432.

Excipiunt tamen ab hac regula nonnullos caſus. I. cum alter ex creditoribus ejuſdem diei, aliquo privilegio fruitur, quia ob favorem prior tempore præſumitur, veluti eſt cauſa dotis; nam in ambiguis pro dotibus reſpondere melius eſt, *l. in ambiguis ff. de jure dotium l. in ambiguis de reg. juris*; quod tamen Ruinus in *l.* 1. *n.* 13. *ff. ſol. matrim.* verum eſſe putat, cum mulier pro dote expreſſam hypothecam habet, ſecus ſi tacitam, ne ſcilicet duo ſimul privilegia concurrant, unum præſumtæ anterioritatis, alterum hypothecæ. Sed recte Barboſa ibidem *part.* 2. *num.* 2. reſpondet, duo privilegia, ſeu ſpecialia, quæ e diverſis fontibus emanant, poſſe ſimul cumulari, *l. ſi is qui ff. de jure fiſci*, ubi fiſcus & privilegium tacitæ hypothecæ, & ſimul prælationem habet in rebus poſtea acquiſitis per debitorem, *l.* 2. *C. in quibus cauſis pignus*. Cum ergo in ſpecie noſtra privilegia dotis, unum ex præſumtione temporis deſcendat, alterum ex fictione legis, ut eſt ipſa tacita hypotheca, inde fit, ut ſimul eſſe poſſint, ut etiam habet Bald. Novell. *de dote part.* 9. *priv.* 1. *n.* 3.

Quod dictum eſt de dote, procedit etiam in cauſa pia, vel libertatis, nempe, ut præſumatur anterior, Tiraqu. *de pia cauſa*, *priv.* 35. etiam in cauſa fiſci, Mantica *de tacit. lib* 11. *tit.* 25. *n.* 24.

II. Cum unus eſt creditor majoris ſummæ, habet hoc ut ejus inſtrumentum præſumatur prius conditum, quam alterum ſummæ minoris. Ita Gaitus *de credito cap.* 4. *num.* 1848. & probant ex *l. majorem ff. de pactis*, ubi melior inter creditores eſt conditio ejus, qui eſt majoris ſummæ creditor: quocirca ſi ex duobus creditoribus, unus velit debitori communi dilationem impertiri, alter eandem deneget, Prætor ſequitur auctoritatem ejus, qui majoris ſummæ creditor eſt, ut etiam dicitur in *l. fin. C. qui bonis cedere poſſunt*.

Hæc tamen nihil urgent; non enim jura, quæ loquuntur de dilatione debitoribus concedenda, poſſunt aptari ad prælationem creditorum, ubi longe majus præjudicium verſatur: aliter multa ſequerentur abſurda, veluti ſi creditores, qui de danda dilatione diſſentiant, ſint in numero, & in quantitate crediti æquales, auctoritatem ejus ſequitur Prætor, qui dignitate inter eos præcellit, *d. l. majorem*: at non propterea dicendum eſt, idem locum habere in creditorum concurſu, qui habent hypothecas eodem die ſibi conſtitutas. Rectius ergo ſenſit Merlinus *lib.* 3. *tit.* 1. *qu.* 10. cum docet, omnes creditores iſtos æqualiter, ſeu ſimul admitti.

III. Excipiunt, quando unum ex inſtrumentis habet horam appoſitam, ex quo volunt cenſeri prius conditum alio inſtrumento ejuſdem diei, quod tamen horam non habet: idque verum eſſe docent, etiamſi hora inſtrumenti expreſſa ſit ultima diei, cum unum inſtrumentum potuerit in principio ultimæ horæ finiri, deinde aliud inchoari, & perfici; niſi tamen aliæ conjecturæ in contrarium urgerent, arbitrio Judicis examinandæ; veluti ſi alterum inſtrumentum, quod horam non habet expreſſam, ita longum ſit, ut intra horæ ſpatium nequiverit compleri, Barboſa ad *d. l.* 1. *part.* 2. *num.* 11. *ff. ſol. matrim.* contra Ripam in eadem *l.* 1. *n.* 8. Idem Barboſa poſt alios tuetur horæ expreſſionem valere etiam adverſus cauſam privilegio gaudentem, ut voluit etiam Caſſadorus *deciſ.* 20. *ad finem, de præbendis*. Hæc tamen omnia magis auctoritate Doctorum, quam aut ratione, aut lege invaluerunt.

IV. Si ex his creditoribus, qui pares in tempore ſunt, unus poſſideret, his alteri deberet præferri, ex regula, quod in pari cauſa melior eſt conditio poſſidentis, qui videtur de damno vitando agere, *cap. in pari*, *de reg. jur. in* 6. Alexand. *conſ.* 85. *num.* 18. *lib.* 5. Quod tamen non procedit, cum alter creditor, qui non poſſidet, eſt privilegio dignatus a lege; nam pro cauſa liberali judicatur etiam contra poſſidentem, *cap. ex literis* 3. *de probationib.* & ſi pars judicum decernat pro teſtamento, pars alia æqualis pro querela inoffícioſi, ſtatuitur pro teſtamento, etiam contra poſſeſſorem, *l. ſi pars ff. de inoff. teſtam.* & in cauſa matrimoniali, *cap. ſi quis acceperit* 33. *qu.* 5. quibus additur dos in *cap. ult. de ſententia & de re judic.* Unde verſus apud Gloſſ. in *d. cap. ex litteris*:

Stat teſtamentum, libertas, conjugium, dos,
Si ſunt æquales, qui producuntur utrinque.

Hinc in *l.* 1. *C. de jure fiſci lib.* 10. filius, etſi

etſi poſſeſſor bonorum patris, opus habet, ut probet ea bona ſibi a patre donata, antequam cum fiſco contraheret, ſi fiſcum excludere velit: quocirca in dubio fiſcus, & creditor quilibet privilegiatus, præferetur etiam poſſeſſori, quidquid in contrarium ſenſerit Merenda *contr. cap.* 26.

Ultimo, ſi hæc inſtrumenta ſint eodem die ab eodem Tabellione confecta, deberet ordo, quem in protocollo tenet, vel certe in filo, obſervari, ut quod præcedit, cenſeatur prius conditum, Lazarius *de momento cap.* 18.

Quando hypotheca generalis præferatur ſpeciali, aut contra.

QUÆSTIO V.

PLures ſunt caſus, qui hic diſtingui debent. Primus eſt, cum creditor anterior habet in omnibus bonis generalem hypothecam, poſterior tantum ſpecialem ſuper certa re; & anterior huic omnino præfertur, ſcilicet etiam in re poſteriori ſpecialiter obligata, ex regula, quod creditoris arbitrio permittitur ex pignoribus ſibi obligatis, quibus velit diſtractis, ad ſuum commodum pervenire, *l. creditoris ff. de diſtr. pign.* Et clare patet ex *l. qui generaliter ff. qui potiores in pign.* illis verbis: *Qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo potior eſt, cui poſtea prædium ex his bonis pignori datur, quamvis ex ceteris pecuniam ſuam redigere poſſit.* Concordat textus in *l. ſi generaliter C. eod. tit.* Excipe ſi anteriori ita res generatim ſint obligatæ, ut conventum etiam ſit, ne certa quædam bona illi hypothecata intelligantur, niſi in ſubſidium, hoc eſt, ſi pecunia ex reliquis bonis redigi non poſſit; tunc enim in his bonis melior erit cauſa poſterioris creditoris, cui ſpeciatim obligata fuerunt, quoties anterior in aliis poteſt ſibi facere ſatis, ut in *d. l. qui generaliter, in fine*, & notat ibidem Bald. in 1. *lectura*, Mynſ. *obſerv.* 94. Covarr. 3. *variar.* 18.

Secundus eſt, cum debitor primo creditori obligat ſpeciatim prædium, tum generatim omnia bona: at ſecundo creditori oppignerat bona vel in ſpecie, aut etiam in genere. Tunc major eſt difficultas; nihilominus quamvis nonnulli ex *d. l. generaliter*, & *d. l. creditoris*, idem eſſe doceant, quod in primo caſu; tamen verius eſt, priorem creditorem non habere electionem, ſed teneri, cum poteſt ſibi facere ſatis ex bonis ſibi ſpecialiter obligatis. Ita patet ex *l.* 2. *C. de pign.* ibi: *Quamvis conſtet ſpecialiter quædam, & univerſa bona generaliter adverſarium tuum pignori accepiſſe, æqualeque jus in omnibus habere; juriſdictio tamen temperanda eſt, ideoque ſi certum eſt poſſe eum his, quæ nominatim ei pignori obligata ſunt, univerſum redigere debitum, ea, quæ poſtea ex eiſdem bonis pignori accepiſti, interim tibi non auferri Præſes Provinciæ jubebit.* Ex quibus tamen verbis apparet, diſtingui inter rigorem & æquitatem; nam cum dicatur, priorem creditorem *æquale jus in omnibus habere*, utique electionem habere deberet; tamen ex æquitate adſtringitur experiri ſuper rebus ſpecialiter obligatis, cum ſubjiciatur, *juriſdictionem Præſidis temperandam eſſe*, Romanus *conſ.* 187. Surd. *dec.* 44. Franch *dec.* 5. Idque verum eſt non modo de re ipſa, ſed de fructibus, qui ex ea re extant; nam & ipſi hypotheca comprehenſi cenſentur, ſequunturque naturam rei principalis, ut advertit Coſta *de remediis ſubſid. remed.* 11. *num.* 6. Præterea hæc æquitatis ratio viget etiam, ſi generalis hypotheca præcedat, & ſpecialis ſubſequatur, Salyc. in *d. l.* 2. *n.* 4. Mynſ. *loc. cit.* & alii communiter.

Excipe, cum creditor, qui ſpecialem, & generalem habet hypothecam, non concurrit cum alio creditore, ſed ipſe ſolus agit, tunc ei electio non denegatur, cum amplius locum non habeat æquitas, *d. l.* 2. Surd. *loc. cit.* ſub *n.* 14.

Quæſtio tamen eſt de dote, quæ ſit anterior, & pro ea hypotheca ſpecialis ſimul & & generalis ſit conſtituta; ambigitur enim, an hoc caſu locus ſit æquitati *d. l.* 2. Et communiter affirmant, primo quia in hac re nullum reperitur ſpeciale privilegium pro dote in toto juris corpore expreſſum: quocirca ipſa etiam dos erit comprehenſa ſub generalitate *d. l.* 2. Deinde, quia ea æquitate ſervata nullum oritur præjudicium contra dotem, late Surd. *conſ.* 495. *lib.* 4. Gabriel. *conſ.* 41. *n.* 5. *lib.* 2. Covarr. *loc. cit.*

Repugnat tamen Merlinus *lib.* 4. *tit.* 1. *q.* 21. *a num.* 36. quæ opinio verior eſt. Nam diſpoſitio *legis* 2. nititur, ut diximus, in æquitate: ſed æquitas non habet locum, quoties agitur de præjudicio dotis, ob cujus favorem lex

lex multa induxit, quæ videri poſſent aliunde iniqua, niſi adeſſet Reipublicæ favor, cui expedit dotes mulieribus conſervari, *l. 1. ff. ſol. matrimon.* ut eſt privilegium, ut præferatur creditoribus anterioribus etiam expreſſam hypothecam habentibus ex *l. aſſiduis ff. qui pot. in pign.* Ergo æquitas *legis* 2. non habet locum in præjudicium dotis. Quod autem adſit hoc caſu præjudicium, probatur, quia cum creditor tenetur ſibi facere ſatis ſuper re ſpecialiter obligata, itaut ſi ex ea tota pecunia redigi non poſſit, tunc demum poſſit ad generalem hypothecam ſe convertere, utique eo caſu creditor aſſumit ſibi obligationem excutiendi pignus ipſum ſpeciale: quæ obligatio non poteſt ſine diſpendiis, temporis mora, & moleſtiis expediri, ut recte monet Corneus *conſ.246. lib.1.* Quæ omnia vergunt in præjudicium dotis, & propterea contra eam non habet locum æquitas, de qua agimus. Hinc facile reſolvuntur argumenta Adverſariorum, ut patet.

Illud hic notandum eſt, quod ſi in obligatione primi creditoris adeſt clauſula conſtituti & precarii, non opus habet ipſe creditor excutere ſpeciale pignus, ſed poteſt ſtatim generali hypotheca uti, ex regula, quod ubi eſt conſtitutum, ibi ceſſat excuſſio, cum videatur creditor ea via ſibi præcaviſſe, & ab eo onere liberaſſe, Tiraquellus *de conſtituto, part.1. num.44.* Coſta *d. remed. 11. num. 9.* Præterea idipſum eſt, quoties appoſita ſunt verba illa, *Itaut ſpecialitas non deroget generalitati, & contra*, Franch. *d. dec. 5.* Puteus *dec. 38. part.1.* Tandem id etiam procedit, cum adeſt clauſula Cameralis, cujus virtus eſt, ut procedatur ordine non ſervato, & ut omiſſa una via, poſſit alia iniri, & rurſus rediri ad ſemel dimiſſam, Pariſ. *conſ. 103. num. 3. lib. 3.* Caſtill. *dec. 98. num.3.* Gratian. *cap. 36. num. 7.* & ita in Curia Romana ſervari refert Zachias ad Galeſ. *qu.11. n.3.*

De ortu hypothecæ ad prælationem obtinendam.

QUÆSTIO VI.

ET primo dicamus de debito conditionali contracto ſub pignore, vel hypotheca, quo caſu cum dies purificatus, vel conditio retrotrahatur ad tempus initi contractus, hypotheca etiam eo tempore orta dicetur: idipſum eſt de die incerto, qui conditionem facit. Secus vero ſi dies fuerit certa; tunc enim diei tempus eſſet attendendum, cum in die certo nulla fiat retrotractio, DD. in §. *heres & pure*, *Inſtit. de heredib. inſtit.* Idque patet ex *l. 1. ff. qui potior. in pignor.* ubi Pap. hanc ſpeciem proponit: Quiſpiam dotem pro muliere promiſerat, pignuſque a marito, ſive hypothecam de reſtituenda ſibi dote accepit, ſoluto matrimonio, hoc eſt, ſub die incerta. Dos vero hæc pro parte tum ſoluta fuit a promiſſore, interimque maritus eandem rem alteri pure pignori dedit; mox reſiduæ quantitatis numeratio impleta eſt. Quærit Juriſconſultus, quis eorum ſit in hypotheca potior, & reſpondet dotis repetendæ creditorem præferri, licet ea hypotheca in diem incertum ſit. Et regulam addit: *Non utique ſolutionum obſervanda ſunt tempora, ſed dies contractæ obligationis*; ideo ſcilicet, quia dies incertus retrotrahitur ad tempus initæ obligationis, ut diximus, cum pro conditione habeatur. Loquitur tandem Papinianus de contractu ſub die certo celebrato, aitque tum e diverſo præferri eum, qui pure ante diei adventum hypothecam ſuper eadem re acquiſivit: *Alia cauſa*, inquit, *eſt ejus, qui pignus accepit ad eam ſummam, quam intra diem certum numeraſſet: ac forte prius quam numeraſſet, alii res pignori data eſt.* Quamvis autem id Papinianus ſtatuat in dote, non tamen ex ullo dotis privilegio dependet, ſed ex jure communi, ut ex dictis rationibus patet, & notat Coſta *de retrotr. cap.8. n.31.* Capyc. *dec.182. n.17.*

Probatur etiam & clarius ex *l. potior §. videamus ff. cit. tit.* Nam ſi ſub conditione ſtipulatione facta, hypotheca data ſit; qua pendente alius credidit pure, & accepit eandem hypothecam: tum deinde prioris ſtipulationis extitit conditio. Ait Cajus potiorem eſſe, qui primo credidit: *Cum enim ſemel conditio extitit, perinde habetur, ac ſi illo tempore, quo ſtipulatio interpoſita eſt, ſine conditione facta eſſet*, ut verba legis ſunt. Ex quibus apparet, quod dicebamus, diſpoſitionem *d. l. 1.* non pendere ex ullo dotis privilegio, ſed ex regulis juris communis. Idem habetur ex *l. ſub conditione ff. de ſolutionibus*, & ex *l. filiusfam. in princ. ff. de verb. oblig.*

Hæc

Digitized by Google

Hæc tamen non ſine diſtinctione intelligenda ſunt; procedunt enim, quoties conditio eſt caſualis vel miſta, cum aliud ſit conditione poteſtativa, non omni, ſed illa tantum, quæ invito debitore impleri non poteſt, Africanus in *l. qui balneum ff. qui pot. in pign.* ubi ait: *Etiam ſub conditione creditorem tuendum putabam adverſus eum, cui poſtea poſtquam deberi cœpiſſet, ſi modo non ea conditio eſſet, quæ invito debitore impleri non poſſet*. Exemplum eſt, cum a debitore dicitur, Si mihi numerata pecunia fuerit; nemo enim invitus cogitur pecuniam accipere, *d. l. potior.* Et recte notant DD. hic Juriſconſultum non loqui de poteſtativa conditione quacunque; hæc enim ſuggerente æquitate etiam retrotrahitur, ut caſualis, & miſta, Mantica *de tacit. lib.*14. *tit.* 46. *num.*16. ſed de ea, quæ dependet a voluntate debitoris: quando enim pendet a poteſtate ſolius creditoris, judicatur potius caſualis, & fit locus retrotractioni, veluti eſſet in pacto redimendi, quod ſolet conferri in ſolius venditoris arbitrium, Grat. *cap.* 730. *num.* 31. Gayllus 2. *obſ.* 2. Ratio eſt, quia in vere poteſtativa deficit æquitatis ratio, quæ in retrotractione neceſſaria eſt, ne ſcilicet ſit in poteſtate debitoris facto & voluntate ſua alteri præjudicium inferre, Bald. in *d. l.* 1. *ff. ſol. matrim.* Mangilius *de evict. qu.* 36. *n* 8. Menoch. *conſ.*388. *n.*34. & *conſ.*851. *n.*38.

Hinc etiam eſt, quod ſi in poteſtate debitoris eſt recedere a contractu, vel aliquo modo ſe liberare, tunc attenditur tempus impleti contractus, ut eſt ſpecies textus in *l. Titius ff. quæ res pign.* ubi qui mutuam pecuniam accipere ab alio vellet, cavit ei, & quaſdam res hypothecæ nomine dare deſtinavit; deinde poſtquam ex his rebus quaſdam vendidiſſet, accepit pecuniam; reſpondet Paulus, primum illum creditorem non præferri, quia ait, *Eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata eſt*. Nempe in poteſtate debitoris erat recedere a primo contractu, & non accipere mutuam pecuniam, cum mutuum non plene obliget, niſi pecunia jam numerata; eſt enim contractus, qui re perficitur: quocirca idem erit de reliquis contractibus cunctis, qui ex parte debitoris reſolvi poſſunt, & ſunt imperfecti. At e contrario, ſi contractus invito creditore ſolvi non poteſt, præfertur prior creditor, ut expreſſe habetur in *d. l. qui balneum*; nam quis balneum ex calendis proximis conduxerat, hoc eſt, calendis Juliis, quo die ſolitum erat Romanis migrare, ut notat Ant. Aug. 4. *emend.* 14. & pactus erat, ut ſervus Eros pignori locatori eſſet, donec mercedes ſolverentur: deinque ante dictas calendas Julias eundem Erotem alii ob pecuniam creditam pignori dedit; & deciditur adverſus hunc ſecundum creditorem petentem Erotem, locatorem a Prætore tueri debere; quia, inquit Africanus, ab initio in ea cauſa Eros fuit, ut invito locatore jus pignoris in eo ſolvi non poſſet: quippe locatio ſolo conſenſu perficitur. Ita poſt Gl. in *d. l. Titius*, diſtinguit cum aliis Barb. in *l.*1. *part.*5. *n.*32. *ff. ſol. matrim.* Neguſ. *part.*5. *memb.*1. *n.*15.

Dicamus ſecundo de legatis ſub conditione relictis, & quæritur, ſi interim heres alteri pure bona hereditaria hypothecet, quis eorum præferatur? Et poſteriorem creditorem præferri ſingulariter docent Bald. Novell. *de dote, part.*10. *in fine num.*40. *& ſeq.* Neguſ. *loc. cit. num.*20. qui ut id probent, multa adducunt.

Primo ajunt, in ultimis voluntatibus non eſſe locum retrotractioni, quod demonſtrare nituntur ex *l. ſi filiusfam. ff. de verb. obl.* ubi dicitur, *In ſtipulationibus id tempus ſpectamus, quo contrahitur*: quare aliud eſt in ultimis voluntatibus. Quæ tamen falſiſſima ſunt; non enim ex eo, quod textus ibi tantum meminit de ſtipulationibus, ideo excludit ultimas voluntates: alioqui dicendum erit, nec etiam in contractibus locum retrotractionem habere, una excepta ſtipulatione, cum de ea tantum loquatur Paulus ibidem. Porro in legatis retrotractionem admitti, patet ex *d. l. qui balneum*, §. *ſed etſi heres*, ubi idipſum eſſe dicitur, cum heres ob legata conditionalia, pignori res ſuas ſubjecit. Patet etiam de ultimis voluntatibus ex §. *heres & pure, Inſtitut. de heredib. inſtit.* nam ideo heres ſub conditione inſtitui poteſt, quia fit retrotractio ad diem mortis teſtatoris, cum alioqui non liceat aliquem pro tempore decedere inteſtatum, & pro tempore teſtatum, *l. jus neceſſarium ff. de reg. juris*.

Secundo ajunt, cum hypotheca, quæ pro legatis competit, ſit tacita, eſſe denegandam retrotractionem, ne cumuletur fictio ſupra fictionem. Quod nec etiam urget; nam, ut jam ante docuimus, quoties privi-

Digitized by Google

legia & ſpecialia ex diverſis fontibus oriuntur, poſſunt ſimul cumulari & uniri, ut ex *l. ſi is qui ff. de jure fiſci*, & ex *l.* 2. *C. in quib. cauſis pignus*, notavimus ſupra *quæſt.* 4. Oriuntur porro hic ſpecialia e diverſis fontibus, quia tacita hypotheca oritur ex quocunque legato legis beneficio, at retrotractio originem habet ex æquitate in legato conditionali: quare nihil vetat, ut ſimul eſſe, & concurrere poſſint. Et hanc opinionem ſequuntur Imola, Cumanus, & Ruinus in *l.* 1. *ff. de legat.*1. Angelus in *d. l. qui balneum num.* 2. Socc. *conſ.* 269. *in princ.* Gabriel *conſ.*141. *num.*8. *cum ſeq. lib.* 1. & alii communiter, apud. Merlinum *lib.*4. *tit.*1. *qu.* 22. *n.*40. Atque hæc pro anguſtia temporis de pignoribus, & hypothecis dixiſſe ſit ſatis.

DO-

Digitized by Google

DOMINICI AULISII

JC. CLARISSIMI

De bonis Maternis, & Materni generis

Ad lib. VI. Codicis Tit. LIX.

COMMENTARIUS.

NOVUM jus, & antiquis Juriſconſultis, ignotum, hic per Imperatores traditur. Olim quippe circa peculium filiorum expeditæ quædam regulæ conſtitutæ erant; nam ſi peculium fuiſſet militare, id omnino filii eſſe dicebatur, nullumque jus inde patri, ſub cujus poteſtate reperiebatur, acquiri poterat. Quod quidem jus noſtris quoque temporibus incorrectum manet. E diverſo, cum peculium erat paganicum, undecunque filio quæſitum, id totum patri quærebatur, cujus filius, ut ajunt, mellificabat. Nihil enim juris, nullo quidem caſu, filius in eo habebat, ut porro diſputabimus.

Poſtremum hoc varie ab Imperatoribus immutatum fuit, qui novum jus, variis difficultatibus nexum, conſtituerunt. Omnium primus fuit Imperator Conſtantinus, qui anno Chriſti 316. hoc reſtrinxit in bonis, quæ filius ex matris ſucceſſione adipiſceretur: ſic, ut pater in his uſumfructum ſolummodo conſequeretur, dominio filiis ipſis permiſſo. Idipſum ad bona materni etiam generis extenderunt Imperatores Arcadius & Honorius anno 395. (hoc eſt 79. poſt legem Conſtantini) Eidem juri Imperator Theodoſius cum Valentiniano, anno 426. ſuppoſuit lucra nuptialia, nimirum ea, quæ uxor viro in poteſtate, vel e contrario vir uxori filiæfamilias contuliſſet. Donec Juſtinianus mirum in modum filiisfamilias favens, ſtatuit, peculium omne paganicum (dummodo non ex patris ſubſtantia) omne, inquam, ſic inter patrem, filiumque divideretur; ut ille uſumfructum, donec in vivis eſſet, haberet, iſte vero proprietatem, quæ mortuo demum patre, cum uſufructu conſolidaretur. Id ſtatutum fuit anno Chriſti 529. Hæc omnia patent tum ex noſtro titulo, tum ex ſequenti *de bonis, quæ liberis*.

Sed nos rem noſtram agamus: & primo omni-

omnibus totius tituli veluti breviarium, ſeu potius capita, proponemus, cum Jacobo Gothofredo ad *Codicem Theodoſianum*. I. itaque, ſi filii, qui ad materna bona ſuccedunt, fuerint in poteſtate, ſibi in eis acquirunt proprietatem, eorumque patri conceſſo uſufructu, qui ſuper iiſdem adminiſtrationem obtinet, non tamen jus alienandi. II. ſi filii fuerint emancipati, duæ omnino ſpecies iterum diſtinguendæ erunt; vel enim emancipati ſunt, in vivis adhuc agente matre, & pater in parte virili uſumfructum conſequetur: vel emancipatio matris mortem conſequuta eſt, & eo caſu pater emancipando filium dimidium uſusfructus amittit, ut qui in rem filii cedit, dimidium vero ſibi etiam in poſterum retinebit. Hæc fere ſunt, quæ in toto hoc titulo continentur, quæ a nobis late, prout res tanta poſcit, diſcutienda ſunt. Ceterum, antequam ad rem ipſam aggrediamur, quædam pro tituli ipſius, ſeu rubricæ intelligentia, pro more, præmittemus.

Ad Rubricam Codicis de bonis Maternis. *An bonorum nomen univerſale ſemper ſit.*

QUÆSTIO I.

Etſi Bonorum nomen vulgo aſſerant ad omnia, quæ noſtra ſunt, extendi; tamen in variis, ac variis caſibus idipſum reſtringi volunt. Quæ omnia in examen vocare operæ pretium eſt.

I. Itaque in bonis noſtris computantur, non ſolum, quæ dominii noſtri ſunt, ſed etſi bona fide a nobis poſſideantur, vel ſuperficiaria ſint. Ita Ulpianus in *l. bonorum* 49. *ff. de verb. ſignif.* Pro qua re in memoriam revocabimus, a Jureconſultis duas in ædibus partes diſtingui, quarum altera eſt ſolum ipſum, ubi inædificatum eſt: altera eſt opus totum, quod a ſolo excitatur; id autem dicitur ſuperficies. Quare in *l. eum qui ff. de uſucapionib.* habetur, ædes duabus rebus conſtare, ſolo, & ſuperficie: quod etiam docemur in *l. ſi fundum ff. de legat.* 1. ubi appellatio ædificii aut ſuperficiem ſignificat, aut ſolum. Hoc autem eſt, ſi nomen ſuperficiei in genere ſumatur; nam cum ſumitur in ſpecie, ut facit Ulpianus, ſuperficies dicuntur ædes illæ, quæ in conducto ſolo poſitæ ſunt; quo caſu, cum ſolum ſit alienum, neceſſe eſt, ut etiam ipſarum ædium proprietas aliena ſit, hoc eſt, illius, qui dominus ſoli eſt, *l. ult. ff. de ſuperficiebus*. Ceterum qui ædes illas poſuit, dicitur in ædibus quendam veluti uſumfructum, vel uſum habere, & vocatur ſuperficiarius *l.* 1. §. *quia autem ff. cit. tit.* Ædes ergo ita poſitæ non duos dominos habere, ut quidam falſo dicunt, ſed in duorum bonis eſſe videntur. Quod ſint in bonis domini ſoli, nulli dubium eſſe poteſt, cum ipſe quoque dominus ædium ſit. Poterat dubium incidere de bonis ejus, qui ſolum conduxit; quod reſolvit Ulp. in *d. l. bonorum*, cum dixit, ſuperficiaria eſſe in bonis noſtris, hoc eſt ſuperficiarii. Idemque patet ex eodem Ulpiano in *l. item prædia ff. fam. erciſc.* ubi ſuperficiaria, non ſecus ac vectigalia, noſtri patrimonii eſſe dicit.

Hæc a quibuſdam dicitur ſuperficies urbana, eamque ipſi ſeparant a ſuperficie ruſtica, ut ſunt arbores, herbæ, fructus. Talem ſtatuunt emphyteuſim, cum ſcilicet in alieno ſolo, mihi ad recreandum conceſſo, ipſe arbores, & his ſimilia implanto. Hinc quæſtio illa diſſolvi poteſt, num ſcilicet emphyteuſis inter noſtra bona connumeretur; & quamvis multi inficientur apud Tiraquellum in *l. ſi unquam, verb. bona num.* 10. *C. de revoc. donat.* tamen pro certo habendum eſt, emphyteuſim bonis emphyteutæ accenſeri, argumento deſumto a ſuperficie; ita nimirum, ut emphyteuſis ſit quidem in proprietate concedentis, ſed in bonis emphyteutæ accipientis, ut docet Arias Pinellus in *rubr. hoc tit. part.* 1. *num.* 21. & ulterius patet ex *l.* 1. *in fine ff. ſi ager vectigalis vel emphyteuticarius*; ubi qui fundum vectigalem conduxit, licet dominus non efficiatur, tamen ei competit in rem actio.

II. Ita ſequitur idem Ulpianus in *d. l. bonorum: Æque bonis adnumerabitur, etiamſi quid eſt in actionibus, petitionibus, perſecutionibus; nam hæc omnia in bonis eſſe videntur.* Idipſum locum habet in pœnalibus; quare ſi princeps aliquem, ademtis bonis, in inſulam deportet, & hunc eundem deinde reſtituat; hic adverſus tutores olim ſuos actionem non habebit, quæ ſcilicet ceſſit fiſco tunc, cum ipſi bona ademta fuerunt, *l. ſi ademtis C. de ſententiam paſſis*. Verum ſi Princeps, reſtituendo, huic bona conceſſerit, etiam ipſas actiones, & debitorum obligationes conceſſiſſe videtur *l. princeps ff. de verb. ſignif.*

Ce-

Digitized by Google

Ceterum dubium eſt de actionibus, ac rebus, quæ nobis ſub conditione debentur, num ſcilicet iſtæ appellatione bonorum veniant? Negat Gl. in *l. non ad ea verba præſens ff. de conditionib. & demonſtr.* itaut, cum quis omnia ſua bona donat, non cenſeatur dono dediſſe ea legata, quæ ſibi ſub conditione debentur: idem eſt, ſi bona fuerint publicata. Quæ Gloſſæ verba ita accepit Angelus *de maleficiis v. & ejus bona*, *n.* 12. ut etiam conditionalia, quæ ex contractu debentur, in publicationem non veniant. Quod reprobat Pinellus hic, *part.* 1. *num.* 8. nixus in eo ſolum, quod Doctores contrarium vulgo aſſerunt. Putat ergo ipſe, in publicatione bonorum non comprehendi quæ ex legato conditionali debita nobis ſunt, ſed e diverſo comprehendi, quæ ex contractibus.

Sed palam Pinellus fallitur, cum in legatis, & in contractibus conditionalibus eadem omnino ratio vigeat. Quod ut plene intelligatur, altius repetam. Olim de jure antiquo legatum ſub conditione relictum, ea conditione pendente, pleno jure heredis erat, *l. generaliter ff. qui & a quibus*, *l. non ideo ff. de reivind.* Hoc deinde videtur a Juſtiniano correctum in *l fin.* §. *nemo itaque C. communia de legatis*, ubi habet, legata omnia, ſive pura, ſive conditionalia, non eſſe heredis, ſed aliena; quare eorum alienationem omnem inhibuit. Quod quia univerſam Juriſprudentiam everteret, placet explicatio Accurſii ibi *v. alienum eſt*, ubi ait, legatum purum eſſe alienum re, ſub conditione eſſe alienum ſpe. Ac ita conſtitutio Juſtiniani facile cum jure antiquo concordat. Itaque etſi legatarius in legato conditionali ſpem habeat, quia tamen ſpes eſt rei futuræ, ideo legatum illud non venit, cum ipſius legatarii bona præſentia publicantur. Jam in debito conditionali creditor nihil aliud habet, niſi ipſam ſpem nudam; ideo eadem de cauſa res illa creditoris non eſt; nec proinde comprehendetur, cum ipſius præſentia bona fiſco applicantur. Nam ubi eadem ratio viget, ibi idem jus locum habet.

III. Dubitantur an in legato bonorum venalia etiam contineantur? Et tres propoſitiones ſtatuendæ ſunt. Prima propoſitio. In legato bonorum cum deſignatione loci non veniunt venalia.

Probatur ex Scævola in *l. generali* §. *uxori ff. de uſufr. legato*, ubi quidam uxori uſumfructum domuum, & omnium rerum; quæ in his domibus erant, legaverat, ſic, ut ſolum argentum exciperet. Scævola tamen reſpondit, excipienda etiam eſſe quæcumque mercis cauſa comparata erant, etſi in his domibus ſervarentur. Itaque legatis rebus omnibus alicujus domus, venalia non comprehenduntur. Quare idem ac multo magis erit, ſi legentur bona omnia; cum nomen rei generalius ſit, & latius pateat, ac ipſum bonorum nomen. Sed hic ſpecialis caſus eſt; ideo ſcilicet venalia non comprehenduntur, quia non fuit legatum ſimplex; ſed habito reſpectu ad locum, ex regula juris, qua dicitur, non cenſeri eſſe in loco ea, quæ ita ibi ſunt, ut inde brevi debeant amoveri *l. quæſitum* §. *prædia ff. de legat.* 3. *l. ex facto ff. de heredib. inſtit.* Hinc eſt, quod Gl. in *d.* §. *uxori v. mercis cauſa*, id, quod Jureconſultus tradit de venalibus, extendat etiam ad ea, quæ pro tempore ibi ſunt, hoc eſt, ut nec iſta in legato bonorum, quæ in illis domibus erant, comprehendantur, Pinellus *loc. cit. num.* 39. Idipſum patet ex *l.* 1. *C. de verb. ſignif.* ubi Antoninus ait, prædiis inſtructis legatis, hoc eſt, cum omnibus bonis ibi contentis, non comprehendi ea, quæ venalia ſunt: item nec ea, quæ ad tempus in prædia erant tranſlata.

Secunda propoſitio. Legata certa bonorum ſpecie, etiam ſine deſignatione loci, venalia non comprehenduntur.

Probatur ex Paulo in *l. pediculis* §. *item cum quæretur ff. de auro & argento leg.* ubi mulier filiæ legaverat ornamentum ſuum omne muliebre; ait Juriſconſultus id omne muliebre legato cedere, quod uſibus teſtatricis deſerviebat, non item, quod negotiandi cauſa venale habebat. Ubi complura notanda ſunt; primo a teſtatrice nullam loci deſignationem fuiſſe factam, & tamen non omne muliebre deberi. Secundo hic legato fuiſſe additam particulam univerſalem, omne; nam mulier legavit ornamentum omne muliebre; ex quo fallitur Decius *conſ.* 381. *n.* 5. & alibi, qui dixit in legato quidem bonorum non venire venalia: ſecus ſi, addito univerſali ſigno, fiat legatum bonorum omnium; & ſane contra Decium etiam facit, quod vulgo dicitur, indefinitum æquivalere univerſali: & proinde idem eſt, ſi dicam, bona, ac omnia bona, *l. debitor ff. de pignor.* Tertio, Paulum ex ſuprapoſita concluſione duos exci-

pere

pere caſus; unum, ſi teſtatrix, quæ ornamentum muliebre legavit, nullum ornamentum ad uſum ſuum paratum habuerit, tunc ex neceſſitate in eo legato comprehendi ornamentum venale: alterum, ſi is, qui petit, teſtatricem de venali etiam ſenſiſſe probare poſſit.

Verum recte Pinellus *num.* 40. hanc Pauli diſpoſitionem tunc locum habere docet, cum non eſt legatum generale bonorum, ſed certa bonorum ſpecies expreſſa eſt, ut ex. gr. ornamentum muliebre, quæ longe inter ſe differunt, ut receptum tradit Alexander in *l. ſi conſtante*, *num.* 24. *ff. ſol. matrimonio*; nam verba magis generalia latius extendenda ſunt, argumento textus in *l. ſi ita ſtipulatus ff. de fidejuſſoribus*, *l. in fraudem* §. *fin. ff. de militari teſtam.* & juvatur ex mente diſponentis; facilius enim inter bona ſua computabit quis venalia, quam ubi deſcendit ad certam bonorum ſpeciem, in qua venalia, & non venalia habeat.

Idipſum eſt ex Ulpiano in *l. ſervos autem, in fine ff. de legat.* 3. ubi qui venalitiariam vitam exercet, ſi ſervos ſuos alicui leget, ſuorum numero non continentur mancipia, quæ vendere deſtinaverat, niſi evidens voluntas fuerit etiam de his ſenſiſſe. Nam, ait Juriſconſultus, quos quis ideo comparavit, ut illico diſtraheret, mercis magis loco, quam ſuorum habuiſſe credendum eſt. Quæ Juriſconſulti ratio maxime notanda eſt, ait enim in legato certæ bonorum ſpeciei, ideo venalia non contineri, quia ſua non videntur.

Tertia propoſitio: Facto legato generali bonorum, ſine ulla loci deſignatione, etiam venalia comprehenduntur. Quod ex dictis abunde conſtat. Nam primo ceſſat ratio, quæ viget in certorum bonorum legato. Etſi enim bona venalia mea non videantur eſſe, erit tamen meum pretium, quod ex ipſorum venditione exigitur: quocirca, cum legaverim omnia bona, certe intelligor legaſſe ipſa venalia, vel ſaltem ipſorum pretium; quod hic perinde eſt. Secundo ceſſat etiam ratio, quæ locum habet in legato generali bonorum, ſed cum certa loci deſignatione: quæ ſcilicet eſt, quia venalia, eo in loco non eſſe intelliguntur. Quare aliud eſt, cum lego omnia bona abſolute; cenſeor enim legaſſe omnia bona, ubi ubi ſint.

Quarto principaliter quæritur, quid dicendum ſit in contractibus, cum ſcilicet quis donat, vel pignori ſupponit bona ſua? Et non dubito, quin obſervanda ſint illa eadem, quæ de legato bonorum jam diſſeruimus. Fieri, inquam, debet triplex diſtinctio; nam ſi fuerint hypothecata omnia bona, etiam venalia continentur: ſi omnia bona cum certa loci deſignatione, vel certa bonorum pars, his caſibus merces intelliguntur ab hypotheca excluſæ.

Hinc patet, quid dicendum ſit in actione Serviana; ex qua invecta illata in prædium, conductum, cenſentur tacite pignerata domino locatori pro penſione prædii. Quoniam enim in hoc caſu obligantur bona ex diſpoſitione legis cum certa loci deſignatione, conſtat, quæſtionem eſſe decidendam ex textu Scævolæ in *l. generali* §. *uxori ff. de uſufr. leg.* ut ſi in prædio bona venalia & non venalia ſint, hæc, non etiam illa, cenſeantur pignori obnoxia; ſi vero ibi non reperiantur, niſi venalia, tunc ex neceſſitate in ea hypotheca venalia, veniant.

Eſt tamen ſingularis caſus in *l. cum tabernam ff. de pignoribus*, ubi Scævola ita ait: *Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quæſitum eſt, utrum eo facto nihil egerit, an tabernæ appellatione merces, quæ in ea erant, obligatæ videantur?* Et reſpondet obligatas cenſeri. Ratio dubitandi erat, quia debitor creditori non pignoraverat bona, quæ in taberna eſſent; ſed tabernam ipſam: quare videbatur ea venalia ſub pignus venire neutiquam debere. Tamen contrarium decidit Scævola; & ratio deciſionis eſt, quia debitor nullum jus in taberna habebat, ut recte notat Bartolus in *l. cum pater* §. *menſæ ff. de legat.* 2. Gomeſius in §. *item Serviana num.* 22. *Inſt. de actionibus*: & patet ex illis Scævolæ verbis, *Quæſitum eſt utrum eo facto nihil egerit*. Quare ne obligatio irrita ſit, quia taberna in obligationem venire non poteſt, utpote aliena, venient merces ibi retentæ, quæ ſunt debitoris; maxime quia nomen tabernæ ad merces ibi contentas facile extenditur, & ob eas quis tabernam conductam poteſt ſuam dicere, *l. tabernæ ff. de fundo inſtructo*; juvatque textus in *l. an quod ff. eod.* Et hæc eſt genuina illius legis expoſitio.

Hinc plura colliguntur. I. Cum obligatur taberna non conducta, ſed quæ ſit debitoris, tunc ipſa ſolum taberna erit in pignore, non item ea, quæ ibi mercis gratia detinentur, etiamſi

Digitized by Google

etiamſi hæc etiam debitoris ſint; nam obligatio ad non expreſſa extendi non debet. II. Si quis non tabernam conductam obligat, ſed conductam domum, eo caſu non comprehenderentur merces ibi forte repoſitæ; nec enim quis nomine domus comprehendit merces, quas in ea habet, argumento textus in *l. qui* §. 1. *ff. de auro & arg. leg.* Atque ad eum modum docuere Albericus, Salycetus, & Cumanus in *d. l. cum tabernam*, quos ſequitur Pinellus hic *part.* 1. *num.* 49. Tandem colligitur, hunc Scævolæ textum male omnino ab Interpretibus adduci in caſu actionis Servianæ; nam in Serviana obligantur res invectæ illatæ, hic obligatur taberna ipſa. Ibi bona ſunt obligantis, hic taberna eſt aliena.

Cum autem dicimus, res venales cenſeri obligatas, hoc capimus non quidem in ſpecie, ut ſcilicet hi fructus, hæ pecudes pignoris loco ſint: aliter enim debitor, qui ea vendere deſtinavit, impediretur rem ſuam agere: ſed capimus in genere, itaut illi fructus, illæ pecudes, quas creditor invenerit in taberna conventionis tempore, cenſeantur obligatæ; ita ex eodem Scævola ibidem.

De quibuſdam patrii Juris effectibus.

QUÆSTIO II.

QUoniam in præſenti tituli agitur de modis nonnullis, quibus pater ſibi per liberos acquirit: id autem a patrio jure omnino dependet; hinc factum eſt, ut Interpretes in præludiis his de patria ipſa poteſtate ſermonem inſtituant. Ceterum nos, aliis omiſſis, quædam magis utilia, minuſque obvia diſcutiemus. Hujuſmodi eſt textus Æmilii Macri in *l. milites agrum* §. *ult. ff. de re militari*, cujus hæc ſunt verba: *Deſertorem, qui a patre ſuo fuerat oblatus, in deteriorem militiam D. Pius dari juſſit, ne videatur* (inquit) *pater ad ſupplicium obtuliſſe. Item Divi Verus, & Antoninus, eum, qui poſt quinquennium deſertionis ſe obtulit, deportari juſſerunt. Quod exemplum & in ceteris ſequi nos debere, Menander ſcripſit.* Hæc Macer Juriſconſultus.

Cum ergo pœna capitalis militi, qui militiam deſeruit, potuiſſet irrogari; ea tamen immutatur, & in aliam minorem convertitur, ſi deſertor hic a patre offeratur, hoc eſt, datur in deteriorem militiam, nimirum ex beneficiario, qui vacationem munerum militarium habet, regradiendo tranſibat in munificem: munificibus enim omnia fere incumbebant militiæ munia. Vide Feſtum, & Caſaubonum ad *Sueton. in Auguſto cap.* 24. Hoc Interpretes ad omne quodcunque delictum extendunt, itaut ſi filium pœnæ reum pater judici obtulerit, hoc ipſo filius mortis pœnam evadet. Probant hoc ex illis Juriſconſulti verbis. *Quod exemplum in ceteris ſequi nos debere*; quæ ita capiunt, ac ſi dicerent, quod in filio deſertore ſtatutum eſt, idem in ceteris omnibus locum habere, qui quidem poſt admiſſum delictum a patre offerantur, Felinus in *cap. accuſaſti, num.* 4. *de accuſationibus*, Alciatus 1. *præſumpt.* 4. Quamvis autem quidam credant, hoc a patria poteſtate pendere; tamen in contrarium DD. frequentes eunt, ut ſcilicet id factum ſit ob paternum amorem, & caritatem ſanguinis; nam Juriſconſultus ait, hoc fieri, *Ne videatur pater filium obtuliſſe ad ſupplicium*. Quare Salycetus omnium primus in *l. propter inſidias C. qui accuſare non poſſunt*, idem eſſe in matre, & filio emancipato ſtatuit.

Verum hæc ſomnia ſunt, ut ait Jacobus Gothofr. in *d.* §. *ult.* & merito nunquam in foro recepta. Dicimus itaque cum Pinello hic in *rubr. part.* 2. *num.* 35. Æmilium Macrum in ea lege non niſi de deſertoribus ſermonem habere: ſic ut a duobus caſibus ſpecialibus argumentum ducat pro univerſali, in eodem tamen genere, ita ſcilicet. Quin D. Pius deſertori pœnam minuit, qui fuit a patre oblatus, & DD. Fratres hoc idem fecerunt in alio, qui ſe ipſum obtulit; ideo, ait, in omnibus deſertoribus, qui ſe ipſi offerant, vel a patribus offerantur, idipſum obſervandum eſt, ut mitius puniri debeant. Et ſane particula illa *In ceteris*, non ita eſt intelligenda, ut id procedat in ceteris omnibus delictis, ut vulgo perperam interpretantur: ſed in ceteris ſolum deſertoribus, de quibus ſcilicet Juriſconſultus loquebatur, ut cuivis, qui diligentius attenderit, facile conſtare poteſt.

Eſt autem inter deſertores, ac delinquentes alios, ita ingens diſcrimen, ut ab illis ad hos nullo poſſit modo argumentum duci. Nam delicta militaria ſevere coercentur, ne diſciplina in perniciem reipublicæ paulatim labefactetur. Id aliquot exemplis manifeſtum fiet.

fiet. Ecce caligatus, qui metu hoſtium languorem ſimulavit, capitis pœnas luit, *l. omne delictum* §. *exploratores ff. eod.* In pari cauſa eſt miles, qui in bello arma amiſit, ut in *l. deſertorem* §. *miles*; adeout omnis ſegnitia, vel contumacia, vel deſidia, graviter plectatur; nam in bello, qui rem a Duce prohibitam fecit, aut mandata non ſervavit, capite punitur, etiamſi res bene ceſſerit *l.* 3. §. *in bello*. Vide Gellium *lib.* 1. *cap.* 13. Nil ergo mirum ſi aliquando leges de tanto rigore aliquid remittunt, & deſertorem facti pœnitentem mitius accipiunt. Et propterea conſtat, idipſum ad alia delicta extra militiam commiſſa, trahi non poſſe, in quibus pœnæ potius leves irrogantur, quam ſeveræ.

Ulterius, hinc lata fraudibus via aperiretur, ſi quis delicto admiſſo, ſe ipſum offerendo, vel patiendo ſe a patre offerri, pœnam a jure ſtatutam poſſet eludere. Hæc autem pœnæ eluſio permittenda non eſt, Ulpianus in *l. ſi quis forte ff. de pœnis*; nam pœnas ob maleficia ſolvi, magna ratio ſuadet, hoc eſt publica utilitas, *l. ſi a reo* §. *illud quod ff. de fidejuſſoribus*.

Num bona adventitia extiterint ante Conſtantinum Magnum.

QUÆSTIO III.

MAxime utilis hæc quæſtio eſt; cum ex ipſius diſſolutione multarum legum, quæ in Pandectis leguntur, vera & germana interpretatio pendeat, ut in decurſu patebit. Communis hac in re opinio eſt, ante Conſtantinum filiiſamilias duplex tantum peculium extitiſſe: unum militare, quod ex integro filii erat; alterum paganicum, ſeu profectitium; quod undecunque quæſitum, patris erat, ſic ut filius nihil in eo juris haberet. Probant hoc, quia Conſtantinus Magnus omnium primus bona adventitia invexit in *l.* 1. *C. hoc tit.* ſtatuens, in bonis filio perventis ex matris ſucceſſione, patri non acquiri, niſi uſumfructum, ſalva filiofamilias proprietate: quod jus dein per ſequentes Imperatores latius extenſum eſt. Ita ſane in ea lege, *verſ. res quæ*, notat Accurſius. Conſtat autem, Imperatorem Conſtantinum, & legem illam, quæ lata eſt anno Chriſti 316. fuiſſe multo recentiores, ac Juriſconſulti, ex quorum ſcriptis leges Digeſtorum compilatæ ſunt; quare jure Digeſtorum nulla adventitia bona fuere cognita.

Id ego omnino verum puto. Sed diſplicuit Antonio Fabro 7. *conject.* 11. *num.* 6. qui falſum eſſe putat, jure veteri ſemper & omni caſu filiumfamilias patri acquirere, cum ipſe acquiſitionis capax fuerit, volente tamen patre. Elicit hoc ex Ulpiano in *l. cogi* §. *ſi pater filio ff. ad Trebell.* ubi pater, qui juſſu Prætoris filiofamilias hereditatem ex fideicommiſſo reſtituit, in iis bonis, nonniſi uſumfructum habet.

Ceterum hæc expoſitio ſubſtineri non poteſt. Quod ut pateat, verba Ulpiani in ea lege proponamus. Hæc autem ſunt: *Si pater filio, quem in poteſtate habet, reſtituere rogetur hereditatem, an filius patrem ſuum, ſi ſuſpectam dicat hereditatem, rogare poſſit? & non eſt dubium, patrem a filio per Prætorem cogi poſſe*. Hactenus Juriſconſultus; ubi videre licet, patrem hic reſtituere ex Trebelliano filiofamilias hereditatem. Sed ſi quæras, cuinam filiusfamilias hoc fideicommiſſum acquirat; reſpondet Faber, licet hac de re nulla in ea lege mentio fiat, patere tamen filiusfamilias illud ſibi acquirere; nam ſi non ſibi, ſed patri ſuo quæreret, conſequens omnino eſſet, patrem gravari a filio, fierique contra ſuam voluntatem obnoxium creditoribus hereditariis: quod abſurdum, DD. in *l. ſi quis mihi* §. *juſſum ff. de acq. hered.* Atque ita onus illud, quod pater vitavit non adeundo ſponte fideicommiſſum, jam ſubit ex eo, quod filius ipſius idem fideicommiſſum acquiſivit.

Nos tamen in contrarium imus, dicendo fideicommiſſum eo caſu reſtitui quidem filiofam. ſed patri acquiri, ex regula, quod filius ei quærat, ſub cujus poteſtate eſt: nec patri inde onus ullum imponitur, ut falſo credidit Faber; quandoquidem cum heres, qui adire renuit ſuſpectam hereditatem, cogitur ad adeundum ex Senatuſconſulto Trebelliano, tunc ſolidum fideicommiſſum reſtituit fideicommiſſario, cujus per conſequens erunt omnia onera, & lucra, §. *ſi quis una*, & §. *ſed quia ſtipulationes*, *Inſtitut. de fideicomm. hered.* Eoque in noſtra præſenti ſpecie omnia hereditatis onera una cum fideicommiſſo tranſeunt in filiumfamilias, eundemque fideicommiſſarium. At vero bona fideicommiſſi, quia manere apud filium non poſſunt, regrediuntur ad patrem; qui poterit qui-

Digitized by Google

quidem conveniri a creditoribus hereditariis, ſed non ex perſona ſua, ut heres, qui ſolidum reſtituit; ſed ex perſona filii, qui ſolidum ex Trebelliano accepit. Ceterum, cum pater ex filii perſona convenitur, nihil damni ſentit, cum non teneatur, niſi quatenus in peculio filii eſt, hoc eſt, quatenus in fideicommiſſo exiſtit: ſiquidem quod in rem patris verſum eſt, id in filiifamilias peculio eſſe dicitur, *l.* 1. §. *ult. ff. de in rem verſo.*

Itaque, ut concludamus, falſum omnino eſt, unquam de jure veteri filiumfamilias potuiſſe ſibi quidquam acquirere, niſi ſola bona caſtrenſia; nam cetera omnia patris erant pleno jure. Hinc rectus multarum legum intellectus pendet.

Primo itaque colligitur, unde ſit, quod donatio patria, ſeu quæ a patre in filiumfamilias confertur, nullius momenti ſit; ideo nimirum, quia hæc donatio in patrem regrederetur. Quod ut plenius intelligatur, certum eſt, huic donationi, quin valeat, impedimento eſſe jus patrium, *l. ſive emancipatis* §. *ſane C. de donationibus;* dubium ſolum eſſe poteſt, ex quonam patriæ poteſtatis effectu hoc impedimentum deſcendat. Quod ut reſolvatur, ſciendum eſt, patriæ olim poteſtatis tres omnino fuiſſe effectus, ut pater jus haberet in vitam, in bona, & in voluntatem filii: ex quibus reliqui omnes innumeri patrii juris effectus promanant, ut alibi a nobis explicatum eſt. Jam vero, cum hujuſce donationis nullitas non dependeat ex jure in vitam, ne ex jure in voluntatem, uti conſtat; reliquum eſt, ut ſit ex jure in bona, & fortunas. Jus autem hoc in eo conſiſtit, ut omnia filiusfamilias, exceptis caſtrenſibus, patri acquirat, adeo ut nec momento temporis apud filium hæſiſſe cenſeatur id quod quæritur, *l.* 1. §. 1. *ff. ſi quis a parente*, *l. placet ff. de acq. hered.* Hoc jus, licet hodie reſtrictum ſit in quantum ad adventitia, remanet tamen integrum & illibatum in quantum ad profectitia bona, *l. ult. C. hoc tit.* Hac ergo de cauſa, cum pater donat filiofamilias, id quod donatur, in patrem ſtatim regreditur, ut propterea fruſtra donatio facta ſit, tanquam ſi quis donaret ſibi ipſi, Accurſius ad *l.* 2. *v. in poteſtate C. de inoffic. donationib.* Hæc ratio diſpiicuit Fabro *loc. cit.* ex eo quia putabat, filiumfamilias etiam de jure antiquo non omnia patri, ſed nonnulla etiam ſibi acquirere, volente tamen patre: quod adſtruebat ex *d. l. cogi* §. *ſi pater filio ff. ad Trebell.* Sed jam vidimus eum errore labi.

II. Colligitur interpretatio Ulpiani in *l. filiusfam. ff. de donationib.* ubi licet filiusfamilias habens a patre liberam peculii adminiſtrationem, mortis cauſa donare non poſſit: poteſt tamen id facere, ſi nominatim pater adjiceret, ſic ſe ei concedere, ut donare quoque cauſa mortis poſſit. Ex quo textu vulgo eliciunt, filiumfamilias ex patris voluntate poſſe de peculio profectitio mortis cauſa donare. Idipſum probant ex *l. tam* 15. §. 1. *ff. de mortis cauſa donationib.* ubi Martianus hæc habet: *Filiusfamilias, qui non poteſt facere teſtamentum, nec voluntate patris, tamen mortis cauſa donare, patre permittente, poteſt.* Sed valde falluntur, cum Juriſconſulti in his legibus non loquantur, nec loqui potuerint de peculio adventitio, quod per ea tempora adhuc non erat introductum: ſed ſolum ſermonem habeant de peculio profectitio, & in eo dicunt, poſſe filiumfam. ex patris voluntate mortis cauſa donare. Certe Ulpianus diu ante Conſtantinum floruit ſub Alexandro Severo, cujus conſiliarius fuit, & ſcrinii magiſter; Ælius vero Martianus, ut conjicitur, etiam ad ea tempora vixit.

Ceterum hic adverti poteſt, errare quotquot putant omnia Juriſconſultorum fragmenta, quæ in *ffff.* leguntur, antecedere leges Principum, quæ in C. relatæ ſunt: ut propterea illud promiſcue jus vetus, hoc e diverſo jus novum appellent. Errant ſane, quia Juriſconſulti omnes, quorum ſententiæ & opiniones extant in Pandectis, ſub Principibus floruere. Eorum ætas ſub Adriano incipit, deſinit ſub Severo. Ita Domitius Ulpianus vixit ſub Imperatore Alexandro, qui eum ſuum appellat amicum in *l. ſecundum, C. de contrah. ſtipul.* Ita verba Antonini Pii, quæ leguntur in *l.* 1. *C. de legatis*, omnibus pene literis recitantur a Scævola in *l. Cajo* §. *Imperator ff. de alim. legat.* eodemque modo quamplurimas Imperatorum leges, orationes, epiſtolas videmus paſſim a Juriſconſultis in Pandectis citatas & expoſitas. At vero reſcripta Imperatorum, quæ in Codicem relata ſunt, ab Adriano etiam incipiunt, deſinunt vero cum Juſtiniano; ut propterea ad rectam & legitimam juris antiqui, & novi diſcretionem, non eſſet: videndum

dendum, utrum a Juriſconſultis, an ab Imperatoribus, quid conſcriptum, & introductum ſit, ut perperam imperiti faciunt, ſequuti Bartolum in *l. ult. ad finem ff. de reg. Cat.* ſed omnino tenenda ſit chronologia, ac ſciendum, quis eorum vixerit prius, quiſve poſterius, ut notavit Fulgoſius in *l. fructus n.8. ff. de reivind.* Alciatus *6. parerg.*14. Itaque jus poſt Severi tempora conditum, novum dici poſſe videtur.

Ad *legem I.*

EXPLANATIO.

TRia omnino ſunt admodum utilia, quæ hic Conſtantinus proponit. I. Quod filiusfam. patri ſuo in bonis maternis acquirat. II. Patrem in bonis his adminiſtrandi jus ac poteſtatem habere. III. Patri eorundem bonorum alienationem eſſe prohibitam. De ſingulis nonnulla ſelectiora trademus.

Quid filiusfamilias patri in bonis maternis acquirat.

PARS I.

QUoties matri filius ſive ab inteſtato, ſive ex teſtamento ſuccedit, eorum bonorum filiosfamilias proprietas tantum acquiritur, ſic, ut uſusfructus eorundem omnino migret in patrem, ſub cujus poteſtate eſt. Ita Imperator hic, initio. Hæc autem acquiſitio a patria poteſtate dependet; ex quo olim pater non modo uſumfructum in his, & reliquis filii bonis adipiſcebatur, ſed plenum omnino dominium, *l. cum oportet C. de bonis quæ liberis*. Hinc nonnulli explicant textum Martiani in *l. filiusfam. §. ſed ſi quis ff. de legat.*1. ubi patria poteſtas inæſtimabilis dicitur, adeout ſi quis liberos ſuos emancipare rogatus a teſtatore fuerit, non cogatur hoc facere; atque licet verum ſit patriam poteſtatem ex hoc acquiſitionis capite magni æſtimandam eſt, tamen non puto ex hoc ſolum dici *inæſtimabilem*, ſed ob alios etiam juris effectus, quos ipſa producit, ut quod pater poſſit filium vendere, olim etiam morti tradere, & hujuſmodi alios, ut in ea lege Albericus obſervat, & Pinellus hic *n.*13.

Objiciunt quidam ex *l. nemo §.1. ff. de reg. juris*, ubi Ulpianus hæc habet: *Locupletior non eſt factus, qui liberum acquiſivit*; quod nonnulli probant cum Gloſſa ex eo quod liber, ſeu filius in noſtris bonis non dicitur eſſe, *l.1. §. 1. ff. de reivind.* Ita Alciatus in *l. non eſt ſine liberis ff. de verb. ſignif.* Quæ tamen interpretatio rejicitur, maxime quia vix eſt, ut nomen liberi recte poſitum videatur in ſingulari numero pro filio; etſi neſcius non ſim legi apud Quintilianum, in *Inſtitut.* & in *l. jus agnationis ff. de pactis*. Quare Tiraquellus in *l. ſi unquam, v. ſuſcepis liberos n.* 201. *C. de revocand. donationibus*, quem alii ſequuntur, eo loci liberi nomen pro libero homine capit. Omnino male; nam nec homo liber dicitur per ſe, & abſolute liber, hoc eſt, ſine fulcimine nominis ſubſtantivi, vel pronominis; tum etiam, quia Ulpianus utitur verbo, *acquiſivit*, quod in homine libero locum non habet. Itaque illud reliquum eſt, ut in *d.* §. 1. legamus non *liberum*, ſed *libertum*, ut habent Pandectæ Florentinæ, atque alii etiam libri, ut ex Accurſio ibidem patet; & ſenſus eſt, non dici quem locupletiorem, eo quod in libertum jus patronatus adeptus ſit. Nam locuples dicitur factus, qui bona acquirit, non etiam qui alterius generis res, ut patet ex *l. plane ſi filium, §. fin. ff. de legat.* 1. cum enim ſtatutum eſſet, ut ab eo tantum fideicommitti poſſet, qui a teſtatore legatum, vel hereditatem caperet, juxta vulgatum illud, non poſſum onerare, quem non honoro; quæſitum eſt, num ſervus teſtamento manumiſſus, hoc eſt, cui libertas legata ſit, poſſit is idem fideicommiſſo rogari? Et Ulpianus negat, eo quod is demum pecuniam ex cauſa fideicommiſſi præſtare cogendus eſt, qui aliquid ejuſdem generis, vel ſimilis, ex teſtamento conſequitur. In quo etiam textu ſermo eſt de jure patronatus; nam is cui ſervus legatur, & rogatur ut de manu mittat, non poteſt fideicommiſſo gravari ob jus patronatus, quod in liberto conſequetur. Itaque, ut ad inſtitutum revertamur, tenendum eſt patrem in bonis filii maternis ſibi uſumfructum quærere, ſolum ob hoc, quod in illum patrium jus habet. Hanc Conſtantini diſpoſitionem longe, lateque produxit Juſtinianus in *l. cum oportet C. de bonis, quæ liberis*, ubi idipſum in bonis omnibus adventitiis filii ſtatuit.

Verum vulgo putant hanc regulam ceſſare

Digitized by Google

re in patre furioſo. Nam ſi filiusfamilias inſtitutus heres ſit, qui patrem furioſum habeat, tum & filius ipſe adire poteſt, & ſibi hereditatem ex toto acquiret, hoc eſt, etiam in quantum ad uſumfructum. Ita Bartolus, Caſtrenſ. Angelus, Imola, & alii in *l. cum heres ff. de acqu. hered.* Quod ex eo textu probant, ubi in ſpecie propoſita ex reſcripto D. Pii, *Si filiusfamilias adierit*, verba legis ſunt, *perinde habetur, ac ſi paterfamilias adiiſſet: permiſit itaque ei, & ſervos hereditatis manumittere*. Ex quibus verbis Interpretes colligunt, hunc filiumfamilias ſibi hereditatem quærere. I. ſcilicet, quia hic declaratur paterfamilias, ſeu perinde ac paterfamilias habetur: quare tanquam paterfamilias ſibi ipſi, & non alteri quæret. II. quia eidem filio jus eſt manumittendi ſervos hereditarios, injuſſu patris: quod utique facere nequiret, niſi plane dominus eſſet. Probant hoc ipſum ratione; nam cum eo caſu onera hereditaria ſint filii, & non patris, qui furioſus eſt, & obligari nequit, ita & lucra ipſius erunt filii.

Sed iidem Interpretes hoc tum demum intelligunt, cum filius ſponte adiit: nam ſi juſſu curatoris patris furioſi adiret, filius patri & onera hereditatis, & ejuſdem uſumfructum quæreret. Quod confirmant ex *l. Antiſtius §. fin.* alias *l. furioſus ff. de acq. hereditate*; cujus hæc verba ſunt: *Furioſus acquirere ſibi commodum hereditatis ex teſtamento non poteſt: niſi neceſſarius patri, aut domino heres exiſtat: per alium autem acquiri ei poteſt, veluti per ſervum, vel eum, quem in poteſtate habet*. Qui textus quoniam contrarius videbatur *d. l. cum heres*, ideo Bartolus, & reliqui communiter, eam diſtinctionem commenti ſunt, quam modo tradidimus: ut ſcilicet præſens *l. Antiſtius* procedat, cum pater furioſus curatorem habet, cujus juſſu filius hereditatem ſibi relictam adeat; ex ea patri, in quantum ad uſumfructum, quæritur.

Ceterum hæc omnia commentitia ſunt. Et recte olim Cumanus in *d. l. cum heres*, & Soccinus in *l. cum filio, n.14. ff. de legat.1.* opinionem hanc rejecere, affirmantes filium in adeunda hereditate patri & furioſo quærere. Sed quoniam iidem nihil, quod cum ipſis faciat, adducunt; ideo Pinellus hic *part.1. a num. 86.* conatus eſt eorum defectum implere.

I. Itaque probatur ex regula Ulpiani in *l. patre furioſo, in fine ff. de iis qui ſui vel alieni juris*, ubi pater furioſus in omnes omnino filios jus poteſtatis retinet: adeo autem retinet, ut & acquiratur illi commodum ejus, quod filius acquiſivit. Hæc Ulpianus, & recte; nam ex quibus cauſis ignorantibus nobis actiones acquiruntur, ex iiſdem etiam furioſo acquiri, ait Pomponius in *l. ſi a furioſo ff. de rebus. credit.* Cum ergo Ulpianus indiſtincte loquatur, dicatque filium patri etiam furioſo quærere, non eſt cur DD. idipſum diſtinguant, quaſi locum habeat in acquiſitionibus, quæ ex contractu, vel aliis cauſis oriuntur, non etiam ex illis, quæ ratione inſtitutionis & hereditatis perveniunt.

II. Patet ex *l. pen. ff. de curatoribus furioſo dandis*, ubi ſi pater prodigus ſit, curatoremque habeat, adhuc ei ex hereditate filiusfamilias acquirit: eoque emancipari oportet filium, ne ei quærat. Igitur idipſum verum erit in patre furioſo. Quod argumentum a majori deductum eſt; quia mitius agendum eſt cum patre, qui curatorem habet ex caſu & fato infelici, quam cum eo, qui ex culpa, & prodigalitate, ut recte admonuit Gloſ. ad *d. l. Antiſtius, ad finem* quam Baldus ibi *auream* appellat.

His ita poſitis, illud ſupereſt, ut explicemus leges ab Adverſariis contra noſtram opinionem adductas, & perperam intellectas. Et primo dicamus de reſcripto D. Pii in *l. cum heres ff. de acq. hered.* Sciendum itaque filiumfamilias, uti & ſervum, acquirere nobis etiam ignorantibus, & invitis, ne rerum dominium in ſuſpenſo maneat, §. *item nobis, Inſtitutionib. per quas perſonas nobis acquiritur*. Excipitur tamen hereditas, quam ſervus, & filiusfamilias non poteſt adire, nec nobis acquirere, niſi noſtro juſſu adeat, *l. ſi quis mihi §. juſſum ff. cit. tit. l. cum filiusf. ff. quis ordo in bonorum poſſeſſione*: nam hereditas, præter lucra, continet etiam onera, & ſatis injurioſum eſſet nobis ignorantibus, & invitis per ſervos, & filiosfamilias noſtros onus imponi. Hinc ergo orta difficultas apud D. Pium; quippe filiusfamilias, qui patrem furioſum habebat, inſtitutus heres, videbatur ab ipſius hereditatis acquiſitione ſummotus; nam pater, ſub cujus poteſtate erat, utpote furioſus, jubere aditionem nequibat. Neque hoc patris munus legitime adimplere

Digitized by Google

curator poterat, in quem ſcilicet jus patriæ poteſtatis, a qua hæc juſſio pendet, non tranſit. Quare in his anguſtiis imploratum eſt auxilium a D. Pio, qui reſcripſit: *Si filiusfam. adierit, perinde haberi, ac ſi paterfam. adiiſſet*: quæ verba hoc valent, ut in eo tantum aditionis actu is, qui alioqui erat filiusfamilias, haberetur tanquam paterfamilias; ad hoc ſcilicet, ut nec juſſu, nec inhibitione patris indigeret in hereditate adeunda. Hæc eſt ratio, cur hic filius pro patrefamilias cenſeatur. Nec propterea inde fit, filium hic plene ſibi eam hereditatem adipiſci, nullo in patrem translato uſufructu, ut vulgo Interpretes putant; hoc quippe falſum eſt, ut ex ipſo textu aperte convincitur, cum ſubdit, Divum Pium permiſiſſe ei filiofamilias, ut ſervos hereditatis manumitteret, hoc eſt ſervos illos, quibus heres teſtatoris juſſu libertatem impertiri debet; nam ſi filius omnino ſibi quæreret hereditatem ob furorem patris, fieretque dominus, ut putant, minus congrueret verbum illud, *Permiſit*, quia dominus permiſſione non eget; tum non oportebat exprimere ſpecialem caſum illum manumiſſionis ſervorum, cum domino omnia liceant. Cum itaque qui unum includit, ut dicunt, cetera excludat, filius iſte, cui permiſſum eſt ſervos hereditatis manumittere, nihil præterea, tanquam dominus, agere poterit, cetera enim erunt excluſa. Stet ergo filiumfamilias a Pio declarari patremfamilias, ſolum in quantum ad actum aditionis, & manumiſſionis, non etiam in quantum ad reliqua; ex quo non aufertur patri furioſo uſusfructus, qui ei in hereditate per filium adita competit. Atque hoc modo jam textus in *d. l. cum heres*, facile in gratiam redibit, ac concordabit cum textu in *l. Antiſtius §. fin.* ubi habetur patrem furioſum poſſe ſibi commodum hereditatis acquirere per ſervum, per eum, quem in poteſtate habet; neque ibi ulla de patre jubente mentio habetur, eoque talis divinatio admittenda non eſt. Imo ſi recte attendatur, nullo colore ea communis diſtinctio inter illa duo jura recipi poteſt; nam ſi filius juſſu curatoris, qui patri furioſo datum eſt, adeundo patri hereditatem acquirit, & non ſibi; iniquum utique eſſet permittere, ut filius idem ſibi quærat, quando pater curatorem non habet: debebat quippe D. Pius curatorem patri furioſo dare; cujus juſſu filius adiret.

Hoc D. Pii privilegium filiofamilias conceſſum in adeunda hereditate injuſſu patris furioſi, non videtur poſſe locum habere in agnoſcenda bonorum poſſeſſione, ex Marcello in *l. dum filiusfam. ff. quis ordo in bonorum poſſeſſione ſervetur*; ubi filius, qui furente patre bonorum poſſeſſionem ſibi delatam intra dies 100. a lege ſtatutos agnoſcere non potuit, ſibi non præjudicat; ea ratione, quia, inquit Juriſconſultus, etſi filius eam bonorum poſſeſſionem petiiſſet, tamen non ante ſibi eam acquireret, quam pater compos mentis factus, comprobaſſet; nam hic ratihabitio & juſſio exæquantur. Ex his ſatis aperte conſtat, filiumfamilias non poſſe in hoc caſu uti beneficio D. Pii, & petere ſibi bonorum poſſeſſionem, tanquam ipſe idem paterfamilias eſſet; nam Marcellus omnino exigit juſſum patris, vel certe ratihabitionem. Id autem ſatis mirabile, quia apud Prætorem minori loco eſt patria poteſtas, quam apud jus civile, §. *emancipatos*, *de exhered. liber.* §. *emancipati*, *de hereditatibus quæ ab inteſtato*. Cur ergo hic jus civile patriam poteſtatem in patre furioſo negligit, ſic ut filius poſſit injuſſu patris, ſub cujus poteſtate eſt, hereditatem acquirere: & eandem Prætor tanti facit, ut neget filio bonorum poſſeſſionem adipiſci, ſi pater in furore ſit.

Itaque pater, etiam furioſus, in bonis filii maternis ex Conſtantini lege ſibi quærit uſumfructum: quod producendum eſt ex Juſtiniano ad omnia filii bona adventitia undecumque delata, *l. cum oportet C. de bonis quæ liberis*.

De jure adminiſtrandi, quod pater habet in bonis filii maternis, aliiſque adventitiis.

PARS II.

CUm pater in bonis filii maternis jus utendi fruendi acquirit, non ab omni onere immunis abit; ſed cum commodum ſentiat, jure etiam incommodum ſentire debebit; quare I. omnem debet utendæ rei diligentiam adhibere. II. quod jure filiis debetur, id petere a debitoribus obligatur. III.

ſumtus

ſumtus ex fructibus facere. IV. litem inſerentibus reſiſtere. Tandem ita omnia agere, tanquam ſolidum, perfectumque dominium earum rerum patri ipſi quæſitum eſſet, & perſonam gereret legitimam. Ita in noſtra *l. verſ. parentes*.

Ex his colligitur, uſumfructum, quem pater habet in bonis filii adventitiis, longe ab omni alio ſimplici uſufructu diſtare. Nam reliqui uſusfructuarii dicuntur habere rei cuſtodiam, *l.* 1. §. *fin. cum l. ſeq. ff. uſusfructuarius quemadmodum caveat;* at vero pater hic aſſeritur legitimus rerum adminiſtrator, quin etiam omnia poſſe agere non ſecus, ac ſi plene dominus eſſet, & in *d l. cum oportet* §. *non autem*, pater pleniſſimam poteſtatem habere dicitur.

Sed hic nonnulla obiter videnda ſunt de ipſa uſusfructus alienatione; qua in re variæ ſunt Juriſconſultorum opiniones. Nam etſi omnes conſentiant, uſumfructum poſſe vendi, locari, donari: magna tamen difficultas eſt, quid his caſibus in emtorem, & conductorem, & donatarium transferatur. Conſentiunt etiam, uſumfructum cedi in jure non poſſe; ſed quæ ſit hujus diſpoſitionis ratio, quæritur.

Itaque communis opinio docet, in venditione uſusfructus non cenſeri transferri jus ipſum uſusfructus in emtorem, ſed tantum naturalem fructuum perceptionem, prorſus ut venditor retineat jus, emtor colligat fructus, donec venditor, hoc eſt fructuarius, in vivis eſt. Idem intelligas donatione, conductione. Quod probant ex Ulpiano in *l. arboribus* §. 2. *ff. de uſuſr.* ubi ait, uſumfructuarium, qui locat, uti; & qui vendit, uti; quemadmodum etiam ſi alii precario concedat, vel donet: *Atque ideo* (verba Ulpiani ſunt) *retinere uſumfructum*: Probant etiam ratione, quia uſusfructus, cum ſit jus perſonale, nequit de uno in alium transcribi, aut transferri. Ita Cujacius in *notis ad Inſtitution. de uſuſr.* §. *ult.* Pacius *cent.* 5. *qu.*25. Gomez 2. *var.*15. *n.* 17. & alii communiter.

His tamen omnibus palam obſtat Paulus in *l.neceſſario* §. *fin. de periculo & commodo rei vend.* ubi clariſſimis verbis dicitur, in venditione uſusfructus ipſum jus utendi fruendi vendi. Hac legi moti Greve, Bachovius, aliique apud Joannem Verſtegenum *de uſuſr. obſ. ult.* aliter rem omnem explanare conati ſunt, duplex in uſufructuario jus diſtinguentes, quorum unum mere perſonale eſt, quod ab ipſa ſtatim conſtitutione perſonæ perpetuo inhæret: adeout licet per multas manus tranſeat uſusfructus, tamen ubi de amittendo, vel finiendo uſufructu quæritur, perſona ejus, cui primo conſtitutum eſt, ſpectari debeat, *d. l. neceſſario* §. *fin.* Alterum eſt jus reale conſiſtens in uſu, & fruitione rei fructuariæ, quod a fructuario abire, & in alium transferri poteſt, licet a perſonali illo jure promanet, inque eo ita radices habeat, ut neceſſario cum illo extinguatur. Cum igitur quis vendit uſumfructum, non hoc agere intelligitur, ut jus omne, quod habet, animo dimittat, & transferat in alium: ſed ut retento jure, quod ex conſtitutione ſuæ inhæret perſonæ, jus tantum reale percipiendorum fructuum ad alium pertineat, quandiu jus illud mere perſonale in perſona ſua durabit.

Verum hæc duplicis juris, realis, & perſonalis diſtinctio in uſufructu omnino commentitia videtur, cum nuſquam in legibus noſtris hujus realis in uſufructu juris mentio extet. Quare Schiferdegherus ad Fabrum *lib.* 1. *tract.* 11. aliam pro his legibus explicandis ingreſſus eſt viam. Dicit itaque, fructuarium, qui vendit, & emtorem, qui emit, ambos ſimul uti, ſed diverſa ratione. Nam qui vendit, utitur non per ſe, ſed per emtorem, & emtor utitur non quidem nomine ſuo, ſed nomine venditoris; itaut idem jus perſonale uſusfructus videatur eſſe in ambobus, ſed alio, atque alio modo. Idem eſt in conductione, & donatione: quæ opinio vera eſt, atque eam probabimus ſimul & explicabimus.

Probatur ergo ex Martiano in *l. non utitur* 45. *ff. de uſuſr.* Cujus hæc verba ſunt: *Non utitur uſufructuarius, ſi nec ipſe utatur, nec nomine ejus alius: puta qui emit, vel qui conduxit, vel cui donatum eſt*. Ubi Martianus docet eum, qui vendit uſumfructum, adhuc poſt venditionem illum retinere. Quod tamen minime verum poterat videri ex eo, quod ille retinet uſumfructum, qui utitur, & non utendo amittit, ut notiſſimum eſt: ideo ait Martianus vendentem adhuc uti, licet emtor fructus percipiat. Cujus rei rationem effert Cajus in *l. quia* 46. *ff. eod. Quia*, inquit, *qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui principaliter utitur fruitur.*

Digitized by Google

tur. Unde dictum eſt, pretium repræſentare rem ipſam, *l. ſi & rem ff. de petit. heredit. l. ſed ſi cum ll. ſeqq. ff. de peculio*: Nec diſſimilis ratio eſt in aliis caſibus; nam cum uſumfructum loco, penſionis fructum habeo: cum dono, tum beneficii debitorem acquiro. Ita ergo ſemper utimur: atque eo modo intelligendus eſt Ulpianus in *d. l. arboribus* §. 2. dum ait, venditorem adhuc uti, adeoque retinere uſumfructum: utitur ſcilicet per illum, a quo utendum pretium recepit, ut aperte dicitur in *d. l. quia*.

E diverſo emtor ipſe quoque fruitur, ut probatur, quia emit uſumfructum, ut paſſim loquuntur Juriſconſulti, & habetur in §. 1. *Inſtitutionib. de uſu & habitat.* ergo emit jus utendi fruendi: id enim eſt uſusfructus. Scio DD. tradere uſusfructus nomen eſſe æquivocum, & aliquando ſignificare jus ipſum, aliquando collectionem fructuum, quæ in facto conſiſtit; itaut cum quis vendit uſumfructum, non dicatur vendere jus, ſed ipſam naturalem fructuum perceptionem, ut poſt alios docent Garcias *de expenſis*, *cap.* 10. *num.* 46. Caſtillus *de uſufr. cap.* 31. *n.* 22. Sed hæc traditio, & aſſertio, omnino falſa eſt, cum in tot titulis Digeſtorum, & Codicis *de uſufr.* nunquam ne verbum quidem reperire ſit, quod hanc æquivocationem doceat: quæ omnino inventa eſt a Doctoribus, ut præſentem difficultatem effugiant; nam unica extat definitio uſusfructus, a cujus natura ſi aliquando uſusfructus deviatur, novum nomen habet, & dicitur Quaſi uſusfructus: quod nomen fruſtra Juriſconſulti introduxiſſent, ſi uſusfructus nomen non eſſet univocum, ut loquuntur, ſed æquivocum. Stet ergo, cum leges paſſim dicant uſumfructum vendi, de ipſo jure utendi fruendi loqui. Quæ ſi ſatis non ſunt, adeſt Paulus in *d. l. neceſſario* §. *fin.* ubi expreſſe ait, ipſum jus utendi fruendi in venditionem venire, inque emtorem transferri. Quod tamen explicandum eſt ex Martiano in *d. l. non utitur*, ubi emtorem affirmat uti, ſed nomine alieno; ex quo etiam noſtra opinio confirmatur: nam qui alieno nomine facit, dicitur facere eodem jure, quod ipſe principalis habet: & certe ſi alio jure faceret, tum ſuo nomine diceretur facere, non alieno. Idem dictum eſto de conductore, & donatario.

Itaque in his contractibus jus uſusfructus videtur communicari inter utrumque contrahentem: multa enim, quæ ſimul apud duos eſſe nequeunt, hoc habent ut inter duos communicari poſſint. Exemplum afferunt DD. in dominio: quod apud duos in ſolidum dominos eſſe non poteſt, *l. ſi ut certo* §. *ſi duobus ff. commodati*: nihilominus ſolet inter duos communicari, præſertim ſi uno modo ſit in uno, atque in alio, ut inter patrem, & filiumfamilias, juxta textum in *l. in ſuis ff. de liberis, & poſthum.* Ita eſt in caſu noſtro, ubi jus uſusfructus diverſa ratione reſidet apud venditorem, atque apud emtorem. Unde etiam videtur dicendum, quod quantumvis jura perſonalia nequeant de una in aliam perſonam transcribi, & tranſire; tamen poſſunt inter plures communicari: veluti accidit in ſervitutibus ruſticis puta itinere, via: nam ſi iter pluribus concedatur, idem iter eſt in omnibus, ut pote individuum: tamen illis omnibus erit commune. Quod verum eſt, etiamſi iter non prædiis, ſed perſonis relictum aut datum ſit, quo caſu erit ſervitus perſonalis, non item realis, *l. pen. ff. de ſerv. legat.* Ex quibus reſolvitur objectio illorum, qui dicebant, uſumfructum remanere apud ſolum fructuarium vendentem, quia cum ſit jus perſonale, nequit migrare in emtorem; licet enim hoc verum ſit, ſi intelligatur non poſſe in totum diſcedere a vendente, non tamen inde fit, non poſſe etiam communicari ipſi ementi, ut patet ex *d. l. neceſſario* §. *fin.* juncto textu in *d. l. arboribus* §. 2. quæ leges nunquam conciliabuntur, niſi dicamus jus uſusfructus eſſe tam apud vendentem, ut dicit Ulpianus, quam apud emtorem, ut aſſerit Paulus. Et ſane hanc conciliationem eſſe veram, patet etiam ex Martiano in citata *l. non utitur*.

Verum, quod ſpectat ad amiſſionem uſusfructus, diſtat donatio a venditione & locatione; quamvis enim qui uſumfructum emit, non utatur, adhuc tamen venditor dicitur uſumfructum retinere, cum pretio vice rei fruatur *d. l. non utitur*. Quod etiam eſt in locatione, præſertim quia locatio & venditio iiſdem legibus conſtant, *l.* 2. *ff. de locati*: & locatio eſt vice venditionis fructuum, uti explicat Antonius Faber *dec.* 6. *err.* 6. Non ita ſeſe res habet in donatione; nam ſi fructuarius donaverit uſumfructum, nequit ille aliter retineri, quam ſi ipſe donatarius utatur, *l. quod ſi ff. de uſufr.* Cum enim uſusfructus in utendo fruendo conſiſtat, ſi donatarius illo

lo non utatur, inde fit ipſum videri non agnoſcere, ſeu recipere donationem, ut putat idem Schifordegherus *loc. cit. q.* 1.

Hactenus de venditione, & ſimilibus contractibus; nunc de ceſſione dicamus. Et Juſtinianus in §. *item finitur*, *Inſtitutionib. de uſufr.* ait finiri uſumfructum, ſi domino proprietatis ab uſufructuario cedatur, cedendo autem extraneo nil agi. Sermo autem hic eſt non de ceſſione bonorum, quæ in uſufructu locum habere poteſt, non ſecus ac venditio, donatio, locatio: ſed de ceſſione in jure, quæ eſt abalienationis ſpecies: & hanc Juſtinianus in uſufructu locum non habere ait. Et ratio eſt, quoniam qui cedit in jure, ut Cujacius advertit, totum jus a ſe abdicat, eaque res addicitur ei, cui res in jure ceditur. Quod, ut vidimus, non eſt in venditione, ubi ita jus utendi fruendi in alium transfertur, ut per venditorem uſusfructus retineatur. Sed de hac re latius in *Inſtitut. tit. de uſufr.* actum eſt.

His poſitis, videamus magis in ſpecie, quibus in rebus diſtet uſusfructus, quem pater in bonis filii adventitiis habet, a communi uſufructu. Et primo ſi pater agens coram Judice dicat in libello, ſe eſſe rei dominum, & reivindicationem proponat, libello non cadet, hoc eſt libellus recte erit propoſitus, nec propterea adverſarius liberabitur ab obſervatione judicii; quia tum in noſtra lege, tum etiam in *l. oportet C. de bonis quæ liberis*, conceditur patri pleniſſimum jus ad agendum, non ſecus ac ſi ipſe rei dominus eſſet. Quod verum eſt, non modo ſi ſe dominum uſusfructus dicat, ſed etiamſi ſe rei ipſius dominum aſſerat, Crotus in *l. nunciatio num. 9. ff. de novi operis nunciat.* Rubeus in *l. non ſolum §. morte num.* 12. *ff. cit. tit.* Id autem ſecus eſt in aliis fructuariis, qui ſi ſe dominos rei dicant, libello cadent, cum uſusfructus ſit in re aliena; licet aliud juris ſit, ſi ſe ſimpliciter dominos vocent: nam vere fructuarius eſt dominus uſusfructus, & in ipſo reivindicationem habet, *toto tit. ff. ſi ſervitus vindicetur*. Neque enim videtur recipiendus Capycius *dec.* 96. qui ait uſufructuario non competere in uſufructu actionem reivindicationis, ſed ſolum confeſſoriam, deceptus ex eo, quod putet in rebus incorporalibus, uti eſt uſusfructus, non dari dominium, ſed quaſi dominium: quam opinionem rejecimus in *Inſtitutionib. tit. de acquir. rer. dominio*, ubi demonſtratum eſt, hujus quaſi dominii nullam mentionem in jure noſtro extare, & poſſeſſores rerum incorporalium eſſe eorundem veros dominos, ut patet tum ex *cit. tit. ſi ſervitus vindicetur*, tum etiam ex *tit. ſi uſusfruct. petat.* nam ad verum rei dominium non exigitur, niſi jus perfecte diſponendi de re ſecundum ſuam naturam; quod utique poteſt fructuarius in uſufructu, ut ex jam dictis conſtat, ubi probavimus uſumfructum poſſe vendi, donari, locari a fructuario. Licet autem nequeat cedi, id tamen provenit ex natura uſusfructus, qui nequit ab uno in totum diſcedere, & in alium migrare, ſicuti expoſitum eſt.

II. Uſusfructus patris non extinguitur mutata rei forma, veluti ſi ſeminarium mutetur in arbuſtum, vel quercetum in olivetum; quia etiam tum durat patria poteſtas, cum qua uſusfructus continuatur, & ſi novus eſſet, novus etiam acquireretur, Gl. in *d. l. cum oportet §. non autem*, Salycetus, Caſtrenſis, & Baldus in *auth. excipitur C. de bonis quæ liberis*. Non ita eſt in aliis fructuariis, qui ſi ubi rem mutarunt, uſumfructum amittunt, quaſi jam res periiſſet; & regula eſt, quod extincta re extinguitur ejuſdem rei uſusfructus, *l.* 5. *ff. quibus modis uſusfruct. amittatur*. Quod verum eſt, etiamſi ex rei mutatione uberiores fructus percipiantur, *l. quamvis ff. de uſufr.* nam quod traditum eſt, poſſe fructuarium cauſam proprietatis meliorem facere; id intelligitur, ut faciat colendo quod invenit, non autem immutando. Vide Julianum in *l. æquiſſimum §.* 1. *cum ſeqq. ff. cit. tit.*

Hinc eſt, quod multa patri licent, quæ aliis fructuariis denegantur. Puta *fructuarius ædificium inchoatum conſumare non poteſt, etiamſi eo loco aliter uti non poſſit*, ut loquitur Neratius in *l. uſufructuarius* 61. §. *ædificium ff. de uſufr.* Quod utique in patre legitimo adminiſtratore non procedit, cui a noſtra lege defertur pleniſſima poteſtas in bonis filii adventitiis, non ſecus ac ſi dominus eſſet: nec enim cauſa patris tam ſeparata eſt a cauſa filii, uti eſt inter reliquos fructuarios, ut colligitur ex *l. fin. §. ſin autem æs C. de bonis quæ liberis*. Ceterum in *d. l. uſufructuarius* ſatis admirabilia videntur verba illa, *Etiamſi eo loco aliter uti non poſſit*, quibus objicit Gloſſa ibidem regulam legis, quæ ait, Conceſſo uno venire omnia neceſſaria

ad

Digitized by Google

ad illud, *l. 2. ff. de juriſd. omnium judicum.* Ita in materia ſervitutum, ſi cui conceditur hauſtus, cenſetur conceſſum quoque iter, ſicuti e contrario, ſi cui conceditur iter ad fontem, ineſt quoque hauſtus: nam unum ſine altero inutile eſſet, *l. 3. §. fin. ff. de ſerv. ruſticorum*. Pro cujus difficultatis ſolutione, varie ſe torquent Doctores.

I. Angelus, Fulgoſius, & alii cum Gloſſa ibidem ajunt, deciſionem Juriſconſulti in *d. l.* 61. pendere ex natura ipſius rei, hoc eſt, uſusfructus, qui ſtare nequit, ubi rei forma mutatur: videtur autem mutari ædificium, cum inchoatum perficitur. Sed hanc reſponſionem recte rejicit Curtius in *d. l. 2. col. penult.* ædificia quippe, & facta omnia, ex conſumatione formam recipiunt, *l. ſi is qui quadringenta §. quædam ff. ad leg. Falcid.* tantum abeſt, ut conſummatione forma mutetur. Neque enim audiendus eſt Pinellus hic *num.* 53. cum putat, a Gloſſa formam accipi pro ipſa figura, aut ſpecie rei etiam imperfectæ, ut in *l. fin. ff. de uſu & habitatione*; nam in eo textu non eſt ſermo de rebus imperfectis, ſed de rebus in ſuo genere perfectis, cum dicatur non poſſe proprietarium ſpeciem rei uſuariæ commutare, etiamſi in meliorem ſtatum commutare velit. Ubi palam Neratius loquitur de rebus in ſuo genere completis: hæc enim dicuntur commutari in alia, quod non licet in re uſuaria, quamvis fiat in melius: at vero res inchoatæ, & in ſuo genere imperfectæ, non dicuntur commutari, ſed perfici & compleri, ſeu conſumari, ut patet ex eadem *l. uſufructuarius §. ædificium*, ibi, *Inchoatum conſumare*.

Sed eſto demus Accurſio & Pinello, cum ædificium inchoatum perficitur, formam rei mutari; nihilominus licet hoc ſit contra naturam uſusfructus, adhuc tamen permitti fructuario deberet, cum aliter ædificio uti non poteſt. Quod probatur comparatione uſus, qui cum concedatur ad indigentiam uſuarii, de ſua natura nequit in alium, ſive donando, ſive vendendo, ſive locando, transferri: & tamen contra hanc uſus naturam permittitur alienatio ejuſdem, quoties alioqui inutiliter eſſet conceſſus: ut ſi uſus ſilvæ eſſet relictus: tunc enim conceditur uſuario jus in alium transferendi uſum ſibi relictum, *l. divus ff. de uſu & habitat*. Patet ergo, ne uſus ſit inutilis, permitti ejuſdem alienationem contra naturam rei; cur ergo contra naturam uſusfructus non permittetur ædificii inchoati conſumatio, ſeu formæ mutatio, cum aliter uſusfructus eſſet inutilis, præſertim cum minus ſit formam mutare, quam rem alienare?

II. Itaque Curtius reſpondet, cauſam, cur uſufructuarius nequeat ædificium conſumare, eſſe quia alia ineſſe poteſt voluntas & induſtria proprietario, qui ædificare cœperat, in ejus ædificii conſumatione, ab ea, quæ inſit fructuario. Quam reſponſionem rejicit Coraſius ipſius diſcipulus 1. *miſcell. 6.* quia potuit uſusfructus eſſe relictus in teſtamento: morte vero teſtantis finitur ejus intentio, *l. 4. ff. locati*: & tamen hoc etiam caſu eſſe verum Neratii reſponſum, ambigit nemo. Et ita ceſſat ratio Curtii; qui nihilominus poſſet replicare, in ſequenti proprietario debere eandem voluntatem ſpectari. Hinc eſt, ſubdit idem Curtius, quod eidem fructuario, cui denegatur ædificii cœpti conſumatio, conceditur deinde caſam de novo ædificare, ob earum rerum cuſtodiam, quæ in area ſunt, modo ad id neceſſaria ſit, *l. ſi area*, *l. æquiſſimum §. ſi tamen §. ſed nec ædificium ff. de uſufr.* quia ſcilicet in novo ædificio faciendo nequit diverſa proprietarii voluntas conſiderari. Sed rectius mihi videtur ſentire Pinellus *citat. num.* 54. qui putat id ſpecialiter permitti gratia fructuum. Sic alibi in jure noſtro expenſæ gratia fructuum favorabiliores ſunt, quam factæ ſunt ipſius rei gratia, *l. fructus qui 52. ff. fam. erciſc. l. generali §. Lucius ff. de uſufr.* late Tiraquellus *de retractu §. 15. gl. 1. in princ.*

His ergo relictis, probatur mihi ſolutio ipſius Coraſii, qui ait diſtinguenda eſſe hæc duo, ſcilicet ædificio uti non poſſe, & uti non poſſe uſufructu, quoties teſtator uſumfructum prædii legavit, in quo etiam ſit ædificium inchoatum. Itaque Neratius hoc vult, fructuarium, qui uſumfructum percipere; & colligere poteſt, etiamſi eo ædificio aliter uti non poſſit, ædificium illud inchoatum conſumare non poſſe. Nam ſi aliter uſufructu uti nequeat, quam ſi ædificium abſolvatur, quod cœptum eſt, utique fructuarius perficere poſſet. Quod probatur ex *l. 1. §. 1. ff. ſi uſusfr. petatur*, ubi uſufructu legato, heres compellitur ea præſtare, ſine quibus omnino uti non poteſt; uti eſſet in ſpecie propoſita, quod

quod conſideranti patet . Probatur etiam ex ſupradictis, quia conceſſo uno veniunt omnia ad illud neceſſaria , *l. 2. ff. de juriſdict.* etiamſi contra rei naturam ſint, *l. divus ff. de uſu & habit.* Coraſium ſequitur Caronda 1. *Pithanon.* 5. Coſtalius in *adverſariis ad d. l. 61.*

Objicies ex Pinello textum in *l. repeti §. ſi areæ ff. quibus modis uſusfructus amittatur*, ubi ſi areæ uſusfructus ſit legatus , & in ea ædificium ſit poſitum a fructuario, res dicitur mutata , & uſusfructus extinguitur . Idem habetur in *l. uſufructu legato §. hac ratione ff. de uſufr.* Et tamen area in urbe ſine ædificio nullius eſſet utilitatis. Sed reſponſio facilis eſt, aream ad multa deſervire poſſe etiam in urbe, veluti pro atrio domus , pro alendis ibi columbis, pavonibus , & id genus aliis.

III. Diſtant cautione . Nam quilibet fructuarius, ſive mobilis ſit res, ſive ſoli , tenetur domino proprietatis cavere , uſurum ſe boni viri arbitratu, & cum uſusfructus ad eum pertinere deſinet , reſtituturum, quod inde extabit : cavere etiam debet, boni viri arbitratu perceptum iri uſumfructum , hoc eſt non deteriorem ſe cauſam uſusfructus facturum, in qua tanquam prudentem patremf. ſe geſturum promittat , *l. 1. ff. uſusfructuarius quemadmodum caveat* . Hæc cautio ita neceſſario præſtanda eſt domino , ut fructuario petenti uſumfructum objici poſſit exceptio, ut ſatiſdet; nec non omiſſa poteſt condici incerti condictione. Unde ſi domino petenti in ea præſtanda fructuarius tergiverſetur, non ante fructus, qui percipiuntur, facit ſuos, quam cautionem præſtiterit, Gaillus 2. *obſ.* 46. Caſtillus *de uſufr. cap.* 16. Faber in *C. de uſufr. defin.* 1. Ceterum ab hac generali regula excipitur per nova jura pater, qui nec cavere debet de utendo arbitrio boni viri , nec de reſtituendo ; immo nec finito uſufructu rationem ſuæ adminiſtrationis reddere , adeout *gubernatio rerum earum ſit penitus impunita* , ut loquitur Juſtinianus in *d. l. cum oportet §. non autem* , & habetur etiam in *l. fin. §. ſin autem C. eod. tit. de bonis quæ liberis* , ibi : *Paterna reverentia eum (patrem) excuſante, & a ratiociniis, & a cautionibus ; & ab aliis omnibus, quæ ab uſufructuariis extraneis a legibus exiguntur*. Quod ſi objicias, leges hac impunitate allicere patrem ad fraudem contra textum in *l. in fundo ff. de reivind.* Reſpondetur hoc factum eſſe , quia leges multum confidunt de pietate patris erga liberos , de qua re Tiraquellus in *l. ſi unquam a num.* 25. *C. de revocand. donat.* Objicies etiam , quod pater tutor filii debet ſuæ adminiſtrationis rationem gerere , ut communiter docent DD. ex *l. licet* , & ibi notatis, *C. ad leg. Falcidiam.* Cur ergo ad eandem rem non tenetur, cum bona filii adventitia adminiſtrat ? nam ſi in tutela lex non confidit de patre, neque hic fidere debet. Reſpondetur , rationem differentiæ eſſe, quia pater legitimus adminiſtrator duo habet in bonis filii adventitiis, primo uſumfructum , ſecundo in ipſum filium habet patrium jus , quorum nihil reperitur in patre tutore, qui filios emancipatos regit, *l. qui ſuperſtite ff. de dolo*.

Hinc facile colligi poteſt , patrem neque teneri repertorium conficere (quod vulgo inventarium appellant) de bonis , in quibus uſumfructum habet; ut patet ex eo , quod confectio inventarii illis incumbit, qui rationem reddere tenentur; atqui pater rationem ſuæ adminiſtrationis non reddit , ut jam dictum eſt : qua re nec inventarium conficere: & ita receptum docet Boerius *deciſ. 61. num.* 5. Quod affirmatur etiam, quia jus noſtrum pluris facit redditionem rationis , quam inventarium : nam pater decedens , poteſt tutoris fidem approbando , remittere ei inventarii confectionem, *l. veteris §. illo C. arbitrium tutelæ* : at idem pater nequit in teſtamento ſuo jubere , ut tutor a ſe filio datus ſit ἀνεκλόγιστος, hoc eſt, rationem non reddat, *d. l. quidam decedens ff. de adm. tutorum.* Itaque ſi Juſtinianus patri remiſit ratiocinia, multo magis inventarius remiſiſſe cenſetur.

Affirmatur etiam ex generalitate textus in *d. l. fin. §. ſin autem*, ubi pater excuſatur ab omnibus , quæ ab uſufructuariis extraneis leges exigunt : ergo etiam ab inventario ; quod tamen ipſe fructuarius extraneus nec tenetur facere , niſi de conſilio , ut probatur ex *l. 1. §. recte ff. uſufructuarius quemadmodum caveat* ; ubi dicitur , recte dominum & uſufructuarium facturos, ſi in ſcriptis redigant, quæ bona ſint fruenda. Quæ verba conſilium tantum innuunt , ut ibidem recte Gloſſa advertit, quidquid quidam contra nitantur.

Contrarium tamen ſentit Pinellus hic *num.* 23. qui tamen ex leviſſimis rationibus movetur. Ait enim , patrem legitimum admini-

niſtratorem poſſe a liberis, vel a Judice ad inventarium conficiendum impelli, ne ſcilicet poſt patris mortem ab herede extraneo (qui forte inſtitutus ſit) fraus fiat, & bona, intercipiendo, diminuta liberis teſtatoris reſtituat. Quod eſt frivolum; nam ſatis erit ad hanc fraudem vitandam inventarium, quod ipſe heres poſt teſtatoris mortem conficere tenetur ex *l. ult. C. de jure deliberandi*. Accedit huc, quod inventarium confectum a patre tempore ſuſceptæ adminiſtrationis bonorum adventitiorum filii, non poſſet deſervire ad demonſtrandam quantitatem & qualitatem eorundem bonorum poſt patris mortem, quando confecta eſſent ratiocinia, ſeu libri rationum, cum poſſint interim patre vivente ea bona eſſe adaucta, vel diminuta. Itaque cum pater a confectione ratiocinii abſolvatur a Juſtiniano, fruſtra dein cogeretur ad inventarii confectionem, ad hoc ut eo mortuo conſtare poſſit, quid ab herede extraneo liberis teſtatoris ſit reſtituendum.

Hic obiter quæritur, utrum accuſatus in cauſa criminali, vel conventus in cauſa civili, a quo bona petantur, poſſit controverſia pendente compelli ad inventarium conficiendum? Et varia eſt Doctorum reſponſio; nam Platea, Rebuffus, & alii in *l. defenſionis C. de jure fiſci*, *lib.* 10. id admittunt, quoties agitur de accuſato, & bona ipſius fiſco ſunt applicanda: alii vero generatim id eſſe volunt, etiam cum agitur de cauſa civili quacunque, ubi bona a reo convento petantur, Boerius *dec. 61. num.* 21. Guidon. Pap. *dec.* 351.

Verius tamen eſt, reum conventum, vel accuſatum, non poſſe controverſia pendente adigi ad inventarii confectionem, ut docet Pinellus hic *num.* 24. Quod probatur ex *l. ſi quis intra C. de bonis proſcriptor.*, ubi aperte jubetur inventarium confici, poſtquam quis ſententiam paſſus eſt: ergo non tenetur quis ad illud faciendum lite pendente, & ante ſententiam. Probatur etiam ex *d. l. defenſionis*, in illis verbis: *Cum facultates eorundem controverſia pendente inquietari deſcribique fas non ſit*; & in illis: *Cum rei exitus probaverit, tunc demum res perſequi liceat, & ſuper modum facultatum interrogationem haberi.* Falſum eſt enim, quod putat Bartolus in *l. mandatis ff. de requirendis reis*, ibi ſcilicet prohiberi deſcriptionem ad ſequeſtrum, vel occupationem, non ad inventarium: quæ eſt aperta cavillatio; nam verbum, *Deſcribi*, inventarium ſignificat. Probatur rurſus, quia ante ſententiam non debet quis gravari: at maximum gravamen oritur per inventarii confectionem, ex quo aut paupertatis detegitur vilitas, aut invidiæ exponuntur divitiæ, ut dicitur in *l.* 2. *in princ. verſ. Quid enim tam durum, tamque inhumanum eſt C. quando & quibus quarta pars*, *lib.* 10. ubi prohibetur inventarium fieri ante declarationem ſententiæ, etiam in cauſis civilibus. Probatur tandem, quia compellendo reum ad inventarium, fieret innovatio lite pendente, contra regulas juris.

Excipe tamen I. Si reus derelinquendo bona ſua profugerit: tum ne bona ipſa interim pereant, & furto minuantur, licet eas inventario deſcribere, *d. l. mandatis ff. de requirendis reis*. II. Si jam aliquo modo conſtaret de delicto, ex quo bona ſint publicanda, vel etiam ſi timor fugæ adeſſet, Pinellus ibidem *num.* 25.

Sunt tamen caſus, in quibus pater adminiſtrator tenetur rationem filio ſuo reddere. I. de his bonis, in quibus uſumfructum non habet, quorum neque legitimus adminiſtrator eſt, Soccinus *conſ.* 34. *lib.* 1. Aymon *conſ.* 218. *n.* 3.

II. Si pater tranſeat ad ſecundas nuptias, ut docet Fulgoſ. in *l. jubemus §.* 1. *C. ad Trebell.* quod ipſe probat per eum textum, ubi licet pater non teneatur cavere filio in poteſtate de fideicommiſſo illi reſtituendo; tamen ſi ad ſecunda vota tranſeat, ad cavendum compelletur; quocirca a pari videtur idem dicendum in adminiſtratione bonorum adventitiorum ipſius filii; nam lex de patre ſecundo nubente non multum confidit. Unde etiam eſt, quod bona ejus ob tales nuptias, cenſentur oppignerata, & obligata filiis prioris matrimonii pro iis, quæ reſervare ipſis tenetur, *l. ſi quis prioris §. fin. C. de ſecundis nuptiis*.

III. Si pater ex cauſa legitima valide donaverit filio in poteſtate conſtituto, utique earum rerum donatarum adminiſtrationem ipſe etiam habebit, non ſecus ac ſi adventitiæ eſſent, tamen rationem reddere tenebitur. Ita Angel. in *l. litis §. pater ff. de neg. geſt.* Pinell. hic *num.* 32. Quod tamen videtur falſum, quandoquidem cum patre in

Digitized by Google

rebus a ſe donatis mitius eſt agendum, argumento ex *l. Divus*, ubi Decius, *ff. de reg. juris*: quocirca ſi non tenetur ad rationem reddendam in adminiſtratione reliquorum bonorum, multo minus obligabitur in bonis a ſe donatis. Neque obſtat textus in *d. l. litis §. pater*, ubi non de donatione collata in filiumfamilias, ſed de ea, quæ filio emancipato facta fuerit, ſermo inſtituitur; dicitur enim patrem, ſi emancipati filii res a ſe donatas adminiſtraverit, filio actione negotiorum geſtorum teneri. Ratio diſparitatis inter utrumque caſum eſt, quia in filio emancipato pater non eſt legitimus adminiſtrator, uti eſt in filiofamilias, & proinde nihil mirum, ſi lex patri minus favet in illo caſu, quam in iſto. Ex hac eadem ratione non obſtat textus in *l. 2. C. ſi adverſus donationem*, ubi ſolum dicitur patrem non poſſe alienare res filiis emancipatis a ſe donatas. Ceterum de alienatione bonorum adventitiorum dicemus in *part*.3. hujus noſtræ *legis* 1.

IV. Ubi pater doloſe adminiſtraverit bona filii adventitia, tenetur rationem reddere, prorſus ut ejus bona intelligantur filio pro ea re oppignerata, Soccinus *conſ*. 34. *n*. 15. *& ſeq*. Neguſantius *de pign. part*. 2. *memb*. 4. *num*. 13. *&* 16. Quod clare patet ex *l. cum oportet §. fin. C. de bonis quæ liberis*; ubi filio conceditur hypotheca in bonis patris ob res male geſtas, & adminiſtratas, non ſolum a die malæ geſtionis, ſed etiam ab illo ipſo tempore, quo male adminiſtrare incepit. Ubi quod Imperator dicit de mala geſtione, id Bartolus ibidem, & reliqui communiter, intelliguntur de adminiſtratione, quæ doloſe fiat, & ob hanc rationem reddet pater: nam ſi ſolum fuerit cum culpa, & negligentia, procedet diſpoſitio noſtræ *legis* 1., ubi pater a reddenda ratione adminiſtrationis abſolvitur.

Illud etiam Noſtri docent, patre citra dolum, filiorum bona diſſipante, vel diminuente, ob negligentiam, vel culpam, filiis ſuccurri removendo patrem ab adminiſtratione, Alexander in *l. Imperator num*.6. *ff. ad Trebell*. Quod tamen alii locum habere volunt non in bonis omnibus, ſed tantum in pecunia numerata, & mobilibus, non item in rebus ſoli, Aretinus *conſ*.61. *num*.5. Jaſon in *l. ſi conſtante num*. 198. *ff. ſoluto matrim*. Imo Bartolus in *d. l. cum oportet §. non autem*, opinatus eſt ad removendum ab adminiſtratione patrem, non eſſe ſatis, ſi pater præ negligentia & culpa male ſe gerat, aut bona eſſe mobilia; ſed præterea exigi, ne ſit ſolvendo.

In tanto Juriſconſultorum diſſenſu, nobis placet opinio Aretini, & Jaſonis, qui ad remotionem patris ſatis eſſe volunt, ſi negligenter, vel non ſine culpa bona mobilia adminiſtret, maxime pecuniam numeratam. Et probatur ex noſtra *l*. 1. in qua conſultum eſt quidem filiis, cum pater male adminiſtrat bona ſtabilia, ut ſcilicet filiis, ubi ſui juris fuerint, liceat res a patre alienatas vindicare, nulla præſcriptione, aut uſucapione in contrarium obſtante. Ergo multo magis iiſdem conſuli debet, patre male adminiſtrante res mobiles, & nummos; præſertim, quia in hiſce rebus majus periculum verſetur, ut patet: nam ubi majus periculum eſt, ibi promtius eſt occurrendum. Quare tenebitur Judex patrem ab adminiſtratione talium rerum ſubmovere. Neque expectandum eſt, ut Bartolus putabat, ipſum fieri non ſolvendo; nam id in nimium filiorum præjudicium tenderet.

IV. Diſtat pater legitimus adminiſtrator a reliquis fructuariis, quod pater cædere poteſt arbores, modo non ſint frugiferæ, in fundis filiifamilias: cum tamen aliis fructuariis in hac re minus juris concedatur. Quæ omnia jam explicabimus, ex Pinello hic a *num*.59. Itaque Alciatus, Angelus, & alii communiter in *l. ex ſilva ff. de uſur*. diſtinguunt inter ſilvam cæduam, quæ cæſa renaſcitur, & non cæduam, ſeu paſcuam, quæ habet arbores fructiferas, quæ ſine damno cædi non poſſunt. Primo ergo, ſi cædua ſilva ſit, nequit fructuarius cædere, niſi pedamenta, & ramos ex arbore, ut dicitur in *d. l. ex ſilva*. Ubi circa pedamenta errat Accurſius, cum putat eſſe germina, quæ ad pedes arborum grandiorum naſcuntur, quæ *germinales* dicuntur in *l. divortio §. ſi fundus ff. ſol. matr*. Errat, inquam, nam pedamenta ſunt ligna reciſa, quibus arbores tenellæ fulciuntur, ſicuti transverſa dicuntur juga, ut Varro notat. Hæc autem grandeſcentibus jam arboribus, ſubmoventur, & ſilvæ cæduæ fructuario cedunt, ſicut & rami, qui de arbore fuerint deciſi. Arbuſculæ vero ex arboribus fruticantes vocantur *ſtolones*, non etiam *germinales*: quod nominis corrupte legitur

Digitized by Google

gitur in d. §. *ſi fundus*, ubi ex Pandectis Florentinis reponendum eſt, *gremiales*; & ſunt feſtucæ, quas ruſtici gremio ad comburendas ferunt, ut explicat Antonius Auguſtinus 3. *emend.* 7. Gloſſæ Iſidori: *Gremia, ſiccamina lignorum*. Ita quoque in *l. ligno*, §. *Oſilius ff. de legat.* 3. pro *germina* eædem Pandectæ *gremia* legunt; etſi Haloander hic, *cremia*, illic *cremiales* emendat, a cremando. II. ſi ſilva cædua non ſit, ex ea fructuarius pedamenta & ramos cædere non poteſt, niſi in vineam, dum ne fundum deteriorem faciat, *d. l. ex ſilva*. Nequibit ergo fructuarius arbores ipſas ullo caſu cædere, & multo minus vendere.

Quæ omnia ita generatim accepta falſiſſima ſunt: tunc ſolummodo vera erunt, cum uſusfructus in alia primario re eſſet relictus, puta in vinea, cui ſilva accedebat, eoque minor uſus in ipſa ſilva impertitur. Quod ſi uſusfructus ſolum in ſilva eſſet conceſſus, non ita ſtrictus erit, ſed præter rerum uſum, jus fiet fructuario cædendi, & vendendi; præſertim in ſilva cædua, ubi ſi jus cædendi, & vendendi negaretur, inutilis omnino eſſet uſusfructus; præſertim ſi vineam fructuarius non haberet, in cujus tantum utilitatem concedit Juriſconſultus in *d. l. ex ſilva*, pedamenta & ramos cædere. Non ita eſt, quando uſusfructus conſtituitur primario in vinea, vel ſimili fundo, cui ſilva accedat.

Patent hæc ex *l. item ſi* 10. *in fine ff. de uſufr.* ubi hæc habentur: *Neratius ſcribit, ſilvam cæduam, & arundinetum, poſſe fructuarium cædere, ſicut paterfamilias cædebat, & vendere, licet paterfamilias non ſolebat vendere, ſed ipſe uti; ad modum enim referendum eſt, non ad qualitatem utendi*. Ergo & jus cædendi, & jus vendendi, conceditur in uſufructu ſilvæ, contra id, quod Adverſarii putabant; tunc vero tantum pedamenta, & ramos cædere licet, cum uſusfructus ſilvæ accedit uſuifructui vineæ, ut aperte patet in *d. l. ex ſilva*, *v. in vineam*. Hoc etiam caſu arbores grandes cædere de ſilva non licet, juxta textum in *l. ſed ſi grandes*, qui textus connectatur, & continuetur, opus eſt cum textu antecedenti in *d. l. ex ſilva*.

Quod ſi non uſusfructus ſilvæ, ſed fundi relinquatur, tum quid juris fructuarius habeat, docemur in *l. æquiſſimum* §. 1. *ff. cit.* Nam ſi quidem fundi uſusfructus legatus eſt, non debet neque arbores fructiferas excidere, neque villam diruere, nec quidquam facere in perniciem proprietatis. Et ſi forte voluptarium ſit prædium, viridaria, vel geſtationes, vel deambulationes arboribus infructuoſis opacas, atque amœnas habens, non debebit dejicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid, quod ad redditum ſpectat. Ita in *d.* §. 1. Ulpianus per geſtationes intelligit loca in prædiis, quæ ab Antiquis deſtinabantur, ut per ea in redis, ſive in lectica, animi, aut ſalutis gratia geſtarentur. Vide Lipſium in *centur. miſcell. ep.* 11. Ex quibus patet, in his rebus reſtringi arbitrium fructuarii, etiam in quantum ad ea, quæ proprietatem deteriorem non facerent; cum ei geſtationes & deambulationes in hortos olitorios immutare prohibeatur, hoc eſt prædium ſterile, fructuoſum facere.

Hæc autem tam ſtricte in patre capienda non ſunt, utpote cum quo tam amare agendum non eſt, ut ait Pinellus hic *num.* 60. Nam in ceteris fructuariis aliquando præſumitur fraus, ne ſcilicet velint plus debito uti, *l. & hæc diſtinctio* §. 1. ubi Bartolus *ff. locati*: quæ ſuſpicio ceſſat in patre legitimo adminiſtratore, qui omnia præſumitur pro filiis parare, *l. nihil ff. de bonis libertorum*, *l. ſcripto* §. *fin. ff. unde liberi*. Propterea patri legitimo adminiſtratori major poteſtas, quam reliquis fructuariis conceditur, ut in noſtra lege habemus. Tunc ergo ſolum patri, quid facere in bonis filiiſfamilias adventitiis prohibitum eſt, cum cauſam proprietatis deteriorem facit, uti eſſet arbores frugiferas cædere: at poſſet geſtationes in hortum convertere, *d. l. fin.* §. *ſin autem C. de bonis quæ liberis*.

V. Uſusfructus paternus diſtat a ceteris, in hoc, quod pater per ſe, abſque filio, poteſt accipere poſſeſſionem adventitiorum: quod aliis fructuariis non licet in rebus, in quibus uſumfructum obtinent. Ita poſt Albericum docet Boerius *dec.* 199. *num.* 9. Pariſius *conſ.* 37. *n.* 2. *lib.* 3. Probatur utraque pars propoſitionis, & I. in quantum ad patrem clarum eſt, quia tradere alteri rerum poſſeſſionem eſt actus vel dominii, vel adminiſtrationis, Doctores in *rubr. ff. de acq. poſſeſſ.* Sed pater fructuarius in bonis adventitiis filii habet jus adminiſtrandi tanquam domi-

Digitized by Google

dominus, ut hic, & in *d. l. cum oportet*: propterea non debet poſſeſſionem eorundem, niſi a ſe ipſo accipere. Quod ſecus eſt in aliis fructuariis, quæ eſt altera pars noſtræ propoſitionis. Et probatur, nam ſi uſusfructus conſtituatur inter vivos, neceſſe ſit, ut poſſeſſio accipiatur, vel a voluntate conſtituentis, vel ſi iſte renitatur, accipiatur auctoritate Judicis, *l. ſi ex ſtipulatione*, ubi Bartolus, & Jaſon, *ff. de acq. poſſ.* Sed ſi uſusfructus teſtamento relinquatur, nequit poſſeſſio adipiſci, niſi e manu heredis, quod neceſſarium eſt in illis etiam rebus, quorum nihil apud heredem manſurum eſt, *l. non dubium C. de legatis*. Et hoc introductum eſt, quia aliquando legata legatariis ſolvenda non ſunt, veluti ſi hereditas nimis ære alieno gravetur: aliquando vero diminuta, & non integra perſolvuntur, veluti ſi in eis lex Facidia locum habeat. Hinc factum eſt, ut legatarii, licet ſtatim ipſo jure poſt teſtatoris mortem, fiant rerum legatarum domini, *l. a Titio ff. de furtis*; tamen omnino rei legatæ poſſeſſionem ab herede accipere tenentur, §. 1. *Inſtitutionib. de legatis*. Quinimo ſi legatarius juſſus a teſtatore ſit, ut per ſe ipſum capiat, *l. Titia cum teſtamento* §. 1. *ff. de legat.* 2. adhuc ſua auctoritate occupare non poteſt: teneretur enim Edicto Quorum legatorum; ſed opus habet ut ab herede petat, *l.* 1. §. *qui vera ff. quorum legatorum*.

Recte ergo docent DD. uſufructuarium univerſalem ex teſtamento debere poſſeſſionem e manu heredis nanciſci; quod perperam Decius *conſ.* 418. *num.* 3. id reſtringit in vidua, quæ a viro ſuo fructuaria fuerit relicta; nam in hac nullum ſpeciale privilegium reperitur ſtatutum, uti ſtatutum eſt, in patre legitimo adminiſtratore bonorum adventitiorum filiifamilias, Alexander *conſ.* 56. *ad fin. lib.* 3. Gozadinus *conſ.* 21. *n.* 17. & *conſ.* 99.

VI. Pater a ceteris fructuariis diſtat in his, quæ ad lites, & judicia pertinent: etenim ex noſtra *lege* 1. pater poteſt per ſe in adventitiis agere, & agentibus reſpondere, vel ut textus loquitur, *Per ſe poſcere*, &, *Litem inferentibus reſiſtere*. Verum circa hanc rem quatuor difficultates inſurgunt: quo nomine pater in judicium venire debet: utrum exigatur filii conſenſus: quando poſſit procuratorem conſtituere: ac tandem unde litis impenſæ ſint deſumendæ, de quibus omnibus ordine agemus.

Vulgo itaque docent, cum quis patrem in adventitiis convenit, oportere ut in libello aſſerat, ſe eum tanquam legitimum filii adminiſtratorem convenire: atque e diverſo patrem in adventitiis agentem, hanc eandem qualitatem in libello exprimere debere. Ita Bartolus, Angelus, Fulgoſius hic, & alii communiter; itaut nullum hoc caſu videatur eſſe diſcrimen a tutore, curatore, ſyndico, & reliquis, qui aliorum res gubernant; & hoc quidem rectiſſime, ne ſcilicet habeantur pro dominis, & principalibus, qui ſolummodo acceſſorii, & adminiſtratores ſunt. Nihilominus concedendum videtur Pinello hic *num.* 64. etiam ea clauſula, ſeu qualitate omiſſa, libellum ſuſtineri, quoties deinde in litis progreſſu veritas rei pateret, patrem ſcilicet agere, vel conveniri, tanquam legitimum adminiſtratorem. Quod quidem de jure Regni noſtri certum eſt, ubi proceditur ſola facti veritate inſpecta, ex *cap. Regni deteſtantes*, ex litera Reginæ Iſabellæ, *quantum eſt poſſibile*, & ex *prag.* 1. *de ordine judiciorum*. Idipſum videtur poſſe recipi de jure communi Romanorum, quoniam per Conſtantinum Imperatorem laxatum eſt jus ſtrictum, quod olim in libellis vigebat, & formulæ ſublatæ ſunt, prorſus ut libellus ineptus ſuſtineatur, patefacta inde in litis progreſſu rei veritate, *l. un. C. de formulis ſublatis*. Quod eo magis obſervandum eſt hodie, quia olim etiam in tanto antiqui juris rigore, aliquando veritas ſola attendebatur, non juris ordo, ut patet ex *l. non eſt veriſimile* §. *ſi quis ff. de eo quod metus cauſa*, ubi ſi judex ſimplici juſſione, & extra ordinem debitorem ſolvere coegerit, licet condemnatio civiliter & ſervato juris ordine fieri debebat, tamen quia debita quantitas ſoluta eſt, ideo Ulpianus ait, non concedi reo actionem quod metus cauſa, & factum revocari incivile eſſe: hoc eſt, non attenditur ſtrictum jus, ſed æquitas, non civilis ordo, ſed veritas.

Docent etiam patrem poſſe agere in judicio, non expectato conſenſu filii, cujuſcunque ætatis ſit. Ita Bartolus hic *num.* 8. Bald. *n.* 2. Quod tamen ita generatim aſſertum, falſiſſimum eſt, ut recte notat Innocentius in *cap. accedens*, *de procuratoribus*, *in princ.* atque patrem non poſſe agere, aut defende-

Digitized by Google

re in adventitiis, cum filius eſt major ſeptennio. Et probatur ex apertiſſimo textu Juſtiniani in *l. fin.* §. *ubi autem in unum ff. de bonis quæ liberis*, ibi: *In agentibus*, *& fugientibus*, *pater quidem ſuſcipiat actiones*, *& moveat*, *cujuſcunque ætatis filius inveniatur*: *adhibeatur autem etiam filiorum conſenſus*, *niſi adhuc in prima ætate ſint conſtituti*, *vel longe abſunt*. Ubi obiter notabimus, reos appellari *fugientes*, quia ſemper litem, & litis expeditionem refugiunt: & dictum eſt more Græcorum quibus φεύγω, hoc eſt *fugio*, etiam reum eſſe denotat, & φεύγων eſt reus, & fugiens. Propterea apud Onirocriticos cervus in ſomniis viſus reos in judicio propter fugam ſignificat: καὶ τοὺς ἐν δίκαις φεύγοντας, Artemid. *lib.* 2. *cap.* 12. Conſtat ergo patrem duobus caſibus poſſe in judicium venire ſive ut actorem, ſive ut reum ſine filii conſenſu, cujus ſcilicet res adminiſtrat, primo cum filius eſt in prima ætate, deinde cum licet ſit extra primam ætatem, tamen longe a loco judicii abeſt: quare aliis caſibus omnino filii conſenſum exigere debet: nam verbum illud, *adhibeatur*, expreſſum conſenſum ſignificat, nec tacitum admittunt, ut patet. Et licet Conſtantinus in noſtra lege hunc conſenſum non requirat, tamen nec deſpici debere declarat, ut propterea omnino ſtandum ſit diſpoſitioni *d. l. fin.* §. *ubi autem in unum*: nec novum eſt, unam legem per aliam explicari, *l. non eſt novum*, *cum ſeq. ff. de legib.* Capella Toloſ. *q.* 106. Rom. *conſ.* 241. *num.* 10. quidquid pro Bartolo ſe torqueat hic Pinellus *num.* 66. qui contra apertam veritatem nitens, verba Juſtiniani appellat *duriora*.

Sed illud etiam in diſceptationem videtur, utrum Imperator pro prima ætate intelligat eam, quæ intra ſeptennium ſit? Et quidem affirmant Romanus, Innocentius, & alii communiter, ex eo, quod in jure noſtro ætates dividuntur in infantiam, impubertatem, minorem 25. annis, & cetera, ubi apparet primam in ordine eſſe infantiam, quæ ſeptennio concluditur, *l.* 1. §. *ſufficit ff. de adminiſtr. & peric. tutorum*, *l. ſi infanti C. de jure delib. cap. in ſingulis*, *diſt.* 77. Quare Græci juris noſtri interpretes infantem ἑπταετῆ, hoc eſt *ſeptennem* vertunt; quantumvis repugnet Jo: Franc. Taraſſardus in *tract. de eſſentia infantiæ*, qui eam ad pueros lactantes, aut paulo majores ſolummodo extendit, ex Theophilo in §. *pupillus*, *Inſtitutionib. de inutil. ſtipul.*

Contra tamen omnes Pinellus tuetur, apud Juſtinianum *primam ætatem* accipi debere de impubertate, uſque ad 14. annum in maſculis, & 12. in fœminis; immo addit poſſe ad plenam pubertatem produci, quæ decimo octavo anno concluditur in pueris, decimoquarto in puellis, quouſque favore alimentorum extenſa fuit pubertas in Adriano Imperatore, *l. Mela ff. de alim. & cib. legatis*; quæ ætas proprie pueritia dicitur in *l.* 1. §. *initium ff. de poſtulando*. Contendit itaque Pinellus, poſt hanc ætatem a Juſtiniano exigi conſenſum filii, cum pater legitimus adminiſtrator agit, aut defendit; itaut prima ætas ſit pueritia. Quod probat ipſe, quia impuberis, nedum infantis, ætas quid videat, ignorat, ut dicitur in *l. impuberes C. de falſa moneta*; ergo ridiculum eſt exigere conſenſum a filio, in ea ætate, qua quid ſibi inutile, vel proficuum ſit, neſcit diſtinguere.

Verum a communi opinione recedendum non eſt; nunquam enim Pinellus efficiet, plenam pubertatem poſſe dici primam ætatem: nam primum eſt, cui nihil præcedit: & tamen clariſſime conſtat plenam pubertatem præcedi a pubertate, ut hanc ab infantia, quæ una prima ætas eſt tam apud Juriſconſultos, quam Medicos, ut ex Hippocrate patet, etſi alii aliter diſtinguant. Vide Cenſorinum, *de die natali cap.* 12. Quod eo magis recipiendum eſt, quia Juſtinianus in *d.* §. *ubi autem*, comparat filium primæ ætatis ei, qui abſens ſit: ſcimus autem abſenti alias non comparari niſi infantem, uti patet ex Ulpiano in *l.* 1. §. *ſufficit ff. de adminiſtrat. tutor.* ubi tutores pro pupillis, qui fari non poſſunt, vel abſunt, ipſi judicium ſuſcipiunt: pro iis autem, qui ſupra ſeptimum annum ætatis ſunt, & præſto fuerint, auctoritatem præſtant. Dicendum ergo eſt, comparari hac quidem in re tutorem patri, prorſus ut, ſicut tutor, pupillo præſente, & ſeptennio majore, per ſe agere in judicio & defendere non poteſt, ſed pupillo auctoritatem præſtare tenetur: ita quoque pater non ſine conſenſu filii judicium ſuſcipere poteſt, ubi ipſe filius eſt præſens, & primam ætatem exceſſit, hoc eſt infantiam. Neque enim quidquam apparet, cur hic hanc tutoris & patris exæquationem non admit-

Digitized by Google

mittemus; nam ſi aperte conſtat Juſtinianum eos exæquaſſe in caſu, quo filius eſt abſens; cur non dicemus idipſum feciſſe, cum eſt infans? Confirmatur quoniam ſtatim ac quis exceſſit infantiam, conſenſum habet, ut propterea ſtipulari poſſit, imo omne inter vivos negotium gerere, ut loquitur Imperator in §. *pupillus Inſtitutionib. de inutilib. ſtipulationib.* Quare cum Juſtinianus in noſtro caſu non exigat, niſi conſenſum, recte illud exiget ſtatim poſt infantiam.

Porro Pinelli objectio non urget. Nam conſenſus ejus, qui exceſſit infantiam, non expoſcitur, quaſi ipſius perfectum conſilium ſit, ſed ne videatur neglectus & contemtus verus rei dominus in re ſibi ſpectante: quod certe ſatis iniquum eſt. Alias vero lex non ſolum ejus, qui infantiam exceſſit, ſed etiam puerorum, imo minorum 25. annis fragile, & infirmum conſilium declarat: quare Prætor curatorum conſilio regi, & gubernari voluit, *l. 1. ff. de minor.* Quare ſi in noſtra ſpecie conſenſus filii exigeretur, ut opinabatur Pinellus, pro rebus recte gerendis, jam contra ipſum Pinellum poſſet argumentum retorqueri, hoc modo: Poſt plenam pubertatem adhuc filiis imperfectum & fragile judicium eſt; ergo fruſtra ejus conſenſus requiritur. Stet itaque, ne filio, tanquam contemto, injuria videatur illata, legem ejus conſenſum exquirere, quoties pater pro eo judicium ſuſcipere velit: recte autem exquirit poſt infantiam, quoniam quis ſtatim ab infantia conſenſum habet, *d. §. pupillus*.

Pro complemento duo hic notabimus. I. ſi filius, cujus conſenſus exigitur, ſine juſta cauſa contradicat, valent quæcumque pater filio repugnante geſſerit, ex regula Canoniſtarum, juſte petitum, & injuſte denegatum, habetur pro conceſſo. Ita Angelus, Paulus, & Fulg. in *d. §. ubi autem*. Quod patet ex ſimili caſu in *l. ſi cum dotem §. eo autem ff. ſol. matrim.* cum enim ſoluto filiæfamilias matrimonio, pater dotem, quam ſolvit, exigere nequeat, ſine ipſius filiæ conſenſu; quæſitum ab Ulpiano eſt, quid agendum, ſi filia conſentire nolit? Et reſpondet, ſi pater juſte petat, hoc eſt, talis ſit, ut ei omnino conſentire filiam deceat, utpote qui ſit vitæ probatæ, ut verendum non ſit, ne dotem acceptam conſumat: & e diverſo filia injuſte conſenſum deneget, veluti ſi ſit levis mulier, vel admodum juvenis, vel nimia circa maritum non merentem (a quo ſcilicet divertit); tunc concludit dicendum eſſe, patri potius acquieſcere Prætorem oportere, dareque ei actionem. Ita in caſu noſtro, cum filius admodum juvenis, hoc eſt egreſſus infantiam, injuſte patri denegat, ut in judicio ſtet, Judex tamen patrem admittet. II. cum Juſtinianus ait, filii conſenſum exigi, capiendus eſt, quoties agitur de rerum proprietate, quæ ipſius filii eſt: ſecus ſi agatur de uſufructu, qui eſt patris, ut recte notat Imola in *l. fin. §. pupillus num. 3. de verb. obligat.* quem Angelus ibidem, & alii omnes ſequuntur.

Nunc videamus, an pater judicium ſuſcipiens pro filio in bonis adventitiis poſſit procuratorem conſtituere? Et Gloſſa hic *v. procuratorem* diſtinxit, ut ſcilicet pater ante litem conteſtatam nequeat procuratorem conſtituere, poſt vero litem conteſtatam poſſit. Et probat ex comparatione inter patrem, & tutorem, ex *l. neque tutores C. de procuratoribus*, ubi tutor ante litem conteſtatam nequit pro pupillo procuratorem conſtituere, ſed actorem facere poteſt: at vero lite jam conteſtata, jus ei eſt procuratorem dare. Ratio diſparitatis inter utrumque caſum eſt, quia actor etiam a non domino conſtitui poteſt, procurator vero non niſi a domino, vel rei, vel litis: tutor autem poſt litem conteſtatam, illico litis dominus dicitur, *l. 1. ff. de procuratoribus*. Ita ergo a pari pater legitimus adminiſtrator judicium pro filio ſuſcipiens, non conſtituet procuratorem, niſi lite jam conteſtata, ante eam actorem ſolum conſtituere poterit.

Diſtat vero Actor a Procuratore in pluribus, præter jam dicta. Nam I. Procurator agit periculo domini, cum e diverſo Actor periculo ipſius patris, vel tutoris conſtituentis, Gloſſa in *d. l. neque tutores, v. conſtituere*. II. Actor non datur ſine Judice, at datur Procurator, *§. fin. Inſtitutionib. de curatoribus*. III. Actor datur ad omnia, ad inſtar ipſius tutoris; quod ſecus eſt in Procuratore, qui ad unam tantum cauſam conſtitui poteſt, *§. certe, Inſtitutionib. qui teſtamento tutores*. IV. Actor finitur iiſdem tantum modis, quibus tutor, & non illis, quibus Procurator, *gl. cit. v. debent*.

Ceterum contra Gloſſam inſurgunt vulgo Doctores, qui contendunt patrem etiam ante

Digitized by Google

te litem conteſtatam poſſe in cauſa filii procuratorem conſtituere; quia ſcilicet major eſt poteſtas patris legitimi adminiſtratoris, quam tutoris, aut curatoris. Ita poſt alios Tiraquellus in *l. ſi unquam*, *num.* 29. *C. de revoc. donat.* Roman. *conſ.* 241. Matthæſilanus *notab.* 190.

Nobis tamen Gloſſæ opinio arridet, quæ ita probari poteſt. Pater in bonis filii adventitiis non eſt dominus, ſed tanquam dominus, ut hic. Ergo nequit ante litem conteſtatam procuratorem conſtituere; nam ante id ad procuratorem faciendum non admittitur niſi dominus, *d. l. neque tutores*: & omnino excluditur quaſi dominus. Quod probatur, quia tutor eſt quaſi dominus, ut in *l. qui fundum* §. *ſi tutor ff. pro emtore*, ibi, *Tutor in re pupilli domini loco habetur*; & nihilominus dare procuratorem non poteſt ante litem conteſtatam. Ergo idipſum eſt in patre, qui etiam domini loco eſt.

Videamus tandem unde litis impenſæ ſint faciendæ. Et ex noſtro textu aperte habetur, patrem *ſumtus ex fructibus facere debere*, hoc eſt ex fructibus adventitiorum filiifamilias; ubi Angelus *num.* 1. ſubdit, quod ſi fructus non ſint ſatis, filium ex proprietate ſuppeditaturum expenſas, argumento ex *l. fin.* §. *ſin autem æs alienum C. de bonis quæ liberis*, ubi pro ære alieno filii in hereditate adventitia ſolvendo, licentia datur patri, ut bona vendat. Itaque onus impenſarum in litibus eſt patris, cujus etiam ſunt adventitiorum fructus: neque tranſeunt in onus filii, niſi in ſubſidium.

Verum ſi pater extra cauſam litis, impenſas faciat pro utilitate bonorum adventitiorum filii, dicendum eſt, ſi hæ ſint ad perpetuam rei utilitatem, filium eas patri reſtituere teneri: vel ſaltem, patre mortuo, debere filium eaſdem conferre cum fratribus, ſi quos forte habet, ante judicium familiæ erciſcundæ: ſecus vero eſſe, ſi factæ ſint impenſæ pro fructibus legendis, quas ad fructuarii onus pertinere palam eſſe, Caſtrenſ. in *l. ult.* §. *ubi autem, num.* 7. *C. de bonis quæ liber.* & poſt alios, docet Pinellus hic *num.* 69.

His ita poſitis de patre, pronum eſt cognoſcere, qua ratione ipſe a ceteris fructuariis diſtinguatur, in quantum ad ea, quæ ad lites & judicia ſpectant. Nam I. fructuarius extraneus in lite ſolam proprietatem tangente, non audietur, ſi ipſe per ſe in judicium veniat, Caſtrenſ. Angelus, Alexander, & alii in *l.* 1. §. *ult. ff. de novi operis nunciat.* prorſus ut, ſi judicium forte agitetur cum fructuario, non propterea ullum præjudicium inde dicetur illatum proprietario, neque contra, *l. is qui fundum*, ibique Bartolus, *ff. de uſufr. legat.* Itaque hoc caſu reſtringitur regula Doctorum, qui dicunt fructuarium cenſeri procuratorem in rem ſuam, & poſſe agere nomine proprietarii, per textum in *l.* 1. §. *ult. ff. uſusfructuarius quemadmodum caveat*.

II. Fructuarius extraneus non tenetur ad expenſas litis ſuper re motæ, niſi lis ipſum tantum uſumfructum tangeret: quo caſu non eſt cur oneretur proprietarius, cui nihil imputari poteſt in eo, quod quis fructuarium inquietet, Baldus in *l.* 2. *C. de liber. cauſa*.

Occaſione eorum, quæ diximus de impenſis a patre factis, quæſtio die agitari ſolet a Noſtris de impenſis mariti, ſcilicet quando viro data in dotem ſint nomina debitorum, virque in iis exigendis aliquid impendit, num uxor id viro reſarcire teneatur; vel, quod in idem recidit, diminuat ſummas exactas? Et tres hac in re ſunt opiniones.

I. Eſt Azonis in *l.* 1. *ff. de impenſis in reb. dotalib.* ubi generatim ait, impenſas eas viri damno cedere: quod ſequitur Gloſſ. *ibid.* Specul. *lib.* 4. *tit. de dote poſt divort. reſtituenda* §. *ult. num.* 25. Baldus hic *n.* 13.

II. Eſt Bartoli hic, qui impenſas indiſtincte ab uxore viro refici debere contendit. Sequitur Angelus hic *num.* 3. Crotus in *l. frater a fratre*, *num.* 123.

Ultima opinio varie diſtinguit, & eſt ejuſdem Bartoli in *l.* 1. *ff. de impenſis in reb. dotalib.* Campeg. *de exact. dotis*, *quæſt.* 48. Primo enim, quando nomina debitorum dantur æſtimato, vir impenſas quaſcunque, & quaſcunque faciat in exactione, amittet; videtur enim jacta alea, ita ut omne damnum, & lucrum omne ipſius viri ſit, ex traditis per Bartolum in *l.* 1. *C. de pact.* & *l. de fideicomm. C. de tranſactionib.* Ratio eſt, quia res æſtimato ita datur, ut non res ipſa in dotem videatur conceſſa, ſed pretium, quanti res valeat; adeout maritus ſoluto demum matrimonio non rem, ſed pretium reſtituet: quocirca æſtimatio veram venditionem inducit, *l. plerumque* §. *ſi ante*, *quoties ff. de jure dotium*. Sicuti ergo celebrata,

Digitized by Google

ta, & perfecta venditione damnum & lucrum rei venditæ emtorem ſequitur: ita prorſus aſſerendum eſt, cum nomina debitorum æſtimato ab uxore viro conceduntur.

Deinde ſi nomina inæſtimato tradantur, tunc videtur dicendum impenſas factas dotem minuere, niſi impenſæ modicæ ſint. Probatur prima pars ex eo, quod traditur in *tot. tit. ff. de impenſis in reb. dotalibus factis*, ubi ſtatuitur reſtituendas eſſe ab uxore viro impenſas neceſſarias, quæ in dotem factæ ſint: impenſæ autem neceſſariæ ibidem in *l. & in totum*, definiuntur eſſe, quas vir omittere non potuit, & ſi omiſerit, Judex tanti virum damnabit, quanti mulieris interfuit, eas impenſas fieri Quod utique locum habet in exactione nominum: nam ſi maritus negligens fuerit in exigendo, tenetur ac ſi exegiſſet, *l. Mævia ff. ſol. matr. l. nupta* 31. §. *quoties ff. eod. ubi DD.* Itaque neceſſariæ erunt hoc caſu impenſæ, & propterea viro reſtituendæ ſunt.

Probatur ſecunda pars de impenſis modicis ex *l. omnino ff. cit. tit. de impenſis in rebus dotalibus*, ubi Paulus dicit: *Modicas impenſas* (loquitur autem de neceſſariis, veluti in valetudine mancipiorum) *non debet arbiter curare, alioquin negotiorum geſtorum potius, quam de dote judicium videbitur*. Eo præſertim, quod vir cogitare debuit fore, ut quidpiam in exigendis nominibus impenderetur. Idem eſt in actione commodati; reficiuntur enim commodatario impenſæ neceſſariæ in rem commodatam factæ, modo niſi modicæ fuerint, *l. in rebus §. ſed & id ff. commodati*. Ita etiam in fructuario, ad quem modica refectio pertinet, non etiam magna, *l. hactenus ff. de uſufr.* Verum dubium eſt, quænam ſit judicanda magna, vel parva impenſa. Et Alexander in *l. divortio §. impendia, num. 3. ff. ſol. matr.* voluit impenſam ſemper modicam appellari, quæ non tendit ad perpetuam rei utilitatem, licet ſumtuoſa ſit: contra vero magnam impenſam eſſe, quæ perpetuam rei utilitatem reſpicit, etiamſi inquantum ad ſumtum modica ſit; quod ſequitur Ruinus *conſ. 13. num. 1. lib. 1.* Id tamen perabſurdum eſt; nam quantitatis commenſuratio non poteſt deſumi a qualitate ut philoſophi docent: perpetua enim utilitas, vel non perpetua, partim ad quantitatem pertinet, partim ad durationem, quæ eſt alterius generis, ac ea quantitas, quæ conſideratur in impenſis & pecunia. Verius itaque puto, magnas, aut modicas impenſas debere arbitrio Judicis definiri, habito reſpectu ad quantitatem dotis, argumento ex *l. res bona fide ff. de contrah. emt. & l. ſcio*, ubi Albericus, *ff. de in integr. reſtit.*

VII. A ceteris fructuariis pater diſtat, quoniam hic ut legitimus adminiſtrator poteſt pro filio ſtipulari, & in adventitiis acquirere, ex. gr. ſervitutem in beneficium filii, Gloſſa, Bartolus, & Jaſon communiter recepti in *l. quod dicitur ff. de verb. oblig.* Quin etiam filio ſacris paternis ſoluto pater utilem actionem acquirit, ut notat Caſtrenſ. & Jaſon ex textu in *l. quodcunque* 45. §. 1. *ff. cit. tit.* Quocirca multo magis cum ſtipulatur de bonis adventitiis filii in poteſtate, in quibus etiam ipſius patris utilitas verſatur.

At vero ſecus eſt in aliis fructuariis, qui ſervitutem fundo acquirere prohibentur, quod conſtat ex *l. ſed etſi quid §. fin. ff. de uſufr.* in hæc verba: *Fructuarius quidem acquirere fundo ſervitutem non poteſt, retinere autem poteſt: & ſi forte fuerit non utente fructuario amiſſa, hoc quoque nomine tenebitur*.

Verum licet conſtet, proprietarium poſſe fundo ſervitutem acquirere & fructuario invito: eodem autem invito nec imponere, nec amittere poſſe, *d. §. fin.* ardua tamen quæſtio eſt, utrum proprietarius fructuario conſentiente, ſervitutem fundo queat imponere.

Et quidem communis opinio eſt, fructuarium non poſſe aſſentiri proprietario, qui ſervitutem fundo velit imponere; niſi talis ſervitus ſit, quæ uſumfructum admodum deteriorem non faciat, veluti ſi vicino concedatur, jus ſibi non eſſe altius tollere: ita enim quam minimum uſusfructus læditur, & in hanc fructuarius conſentire poteſt: in aliis vero ſervitutibus duris, & uſumfructum immodice lædentibus, nec proprietarius imponet, nec fructuarius legitime conſentiet. Ita Gloſſ. Fulg. Alciatus, & alii communiter in *d. l. ſed & ſi quid §. fin. cum l. ſeq. ff. de uſufr.* qui ita ibidem aperte deciſum volunt. Verba enim Ulpiani in *d. §. ult.* ſunt *Proprietatis autem dominus, ne conſentiente quidem fructuario, ſervitutem imponere poteſt*. Huic regulæ ab Ulpiano propoſitæ exceptionem, addit Paulus in *ſeq. l. niſi per quam,* his

Digitized by Google

his verbis: *Niſi per quam deterior fructuarii conditio non fiat*. Ex quibus reſtringitur vulgare dicterium, quod quilibet juri ſuo renunciare poteſt.

Cauſa hujus deciſionis difficilis inventu videtur. Plane Curtius Junior in *l. penult. num.* 37. *C. de pactis*, hujus mirabilis conſtitutionis rationem ſe aſſequi non poſſe fatetur. At Fulgoſius, & Alciatus eam reddidere, quia ſervitutem imponere, niſi perfecte dominus non poteſt, *l.* 2. *ff. de ſervitutibus*, ubi Ulpianus habet, unum ex dominis communium ædium, ſervitutem imponere non poſſe; ideo ergo proprietarius & fructuarius ſimul ſervitutem conſtituere non poſſunt, quia neuter eorum perfecte dominus eſt.

Sed hæc ratio facile retorquetur, ut recte notat Pinellus hic *num.* 74. Nam cum dicitur unum ex pluribus dominis ſervitutem fundo communi imponere prohiberi, id intelligitur, cum ceteri vel ignorant, vel repugnant. Nam utique ſi aliorum conſenſus accedat, etiam ex intervallo, ſervitus recte conſtituetur; quo caſu plures domini haberentur, ut unus, ex conſenſu, ut expreſſe habetur ex Paulo in *l. receptum ff. communia prædiorum*. Ergo in noſtra ſpecie, etſi proprietarius, ignorante, vel invito fructuario ſervitutem prædio conſtituere nequeat, poterit tamen, quoties ipſius fructuarii conſenſus accedit.

Itaque mihi videtur rationem pendere ex natura ipſius uſusfructus, in quo ſcilicet rei forma immutari non poteſt. Nam impenſe notandum eſt, non cujuſcunque ſervitutis impoſitionem denegari proprietario cum fructuarii conſenſu, ſed ſolum talis ſervitutis, quæ uſumfructum perquam deteriorem faciat, *d. l. niſi per quam*. Hoc autem non videtur aliud denotare, niſi ſervitutem, quæ uſumfructum immutet, minuat fructus, libertatemque utendi. Nam uſusfructus talis fere conſervari debet, qualis fuit receptus: &, ſi non poteſt melior & uberior fieri, veluti ædificium inchoatum conſumando, *l. uſusfructuarius* 61. §. *ædificium ff. de uſufr.* quanto magis non poterit deterior fieri? Regula igitur quæ ait, quemcunque poſſe juri ſuo renunciare, locum habet quoties quis renunciando rei naturam non læderet, aut contra juris regulas non faceret. Ita Clericus non poteſt exceptioni fori renunciare, *cap. ſi diligenti*, *de foro competenti*: nec quiſquam alius, ubi de præjudicio juris communis agitur, *l. juriſg.* §. *pen. ff. de pact. l. non dubiam C. de legibus*, *Nov.*51.

Male ergo Connanus 4. *comment.* 3. *deciſ. d.* §. *ult.* duram putavit, ac veluti duram nixus eſt interpretando immutare, cui ſe comitem adjunxit Pinellus hic *num.* 74. Vult ergo Connanus reſponſum Ulpiani eſſe affirmativum, hoc ſcilicet modo *Proprietatis dominus*, *ne conſentiente quidem fructuario* (hoc eſt, licet uſusfructuarius non conſentiat) *ſervitutem imponere poteſt*. Quia autem, ait ipſe, ea Ulpiani deciſio in univerſum videbatur dura, & contra juris rationes, quia uſusfructuarius invitus gravatur, ideo intelligit ex ſequenti reſponſo Pauli reſtringi, ut procedat tantum, quando ſervitus nullum incommodum fructuario afferat; & particula *Niſi*, accipiatur pro dumtaxat; ut eo modo ex utroque textu reſultet una deciſio, quæ habeat, proprietarium, etiam non conſentiente fructuario, poſſe ſervitutem fundo imponere, etiam dumtaxat, per quem fructuario nullum damnum inferatur.

Quæ interpretatio pluribus de cauſis rejicitur. Primo enim, ſi hoc diceret Ulpianus ibi, poſſe ſcilicet dominum proprietatis ſervitutem fundo imponere, fructuario nequidquam repugnante, eſſet loquax, & ſibi contrarius, nam jam de hac re egerat in principio *d.* §. *ultimi*. Cur ergo in fine eandem rem iterum aggreditur? deinde in principio contrarium ſtatuerat, in hæc verba: *Sed nec ſervitutem imponere fundo poteſt proprietarius, nec amittere ſervitutem*. Ubi palam ſermo eſt de ſolo proprietario, repugnante ſcilicet fructuario: nec naturaliter ea verba intelligi poſſunt, ut facile attendenti patet. II. rejicitur ex uſu linguæ latinæ, nam particula, *ne quidem*, reſolvitur in *non etſi*; itaut, *non*, afficiat verbum, *poteſt*, ut eſt in noſtra ſpecie: *etſi* vero referatur ad proxima nomina, hoc eſt, *uſufructuario conſentiente*. *Niſi* autem pro *dumtaxat* non reperitur. Quare Pinellus recte ad hanc Connani reſponſionem ſeu interpretationem non acquievit: ſed alio confugit, & textum correxit, addita alia particula negativa, ſcilicet ut duæ negativæ affirmarent. Sed id adeo inepte facit, ut rejici non mereatur. Verum antequam ulterius progrediamur, ſit.

An

An, & quando uſusfructus ſub dominio comprehendatur.

QUÆSTIO UNICA.

VAriæ ſunt in hac re opiniones ob leges ſibi invicem adverſantes. Nam Paulus in *l. uſusfr.* 4. *ff. de uſufr.* hæc verba habet: *Uſusfructus in multis caſibus pars dominii eſt.* Quæ lex non ſolum obſcura eſt, cum non explicet, quinam iſti caſus ſint, in quibus uſusfructus eſt dominii pars, verum etiam palam videtur contraria eidem Paulo in *l. recte dicimus ff. de verb. ſignif.* ubi habetur: *Recte dicimus, eum fundum totum noſtrum eſſe, etiam cujus uſusfructus alienus eſt: quia uſusfructus non dominii pars, ſed ſervitutis ſit, ut via, & iter.*

Prima opinio poſt antiquiores eſt Bartoli, & Alexandri in *l. qui uſumfructum ff. de verb. oblig.* Aretini *conſ.* 159. *ad finem*, qui diſtinguunt inter uſumfructum unitam proprietati, & uſumfructum ab eadem diſtinctum, & ſejunctum. Docent itaque in priori caſu uſumfructum eſſe dominii partem: nam dominium plenum, ut vocant, ex duabus partibus componitur, & coagmentatur, quarum una eſt proprietas, altera uſusfructus. In poſteriori autem caſu uſumfructum dominii partem eſſe negant, cum ſit ſervitus: & tunc recte dicimus totum fundum eſſe noſtrum, etiam cujus uſusfructus alienus ſit. Illum vocant uſumfructum formalem, hunc cauſalem, ut in Inſtitutionibus explicatum eſt *lib.* 2. nam negari non poteſt dominum uti frui re ſua, non quidem jure ſervitutis, ſed jure dominii: & Cicero *lib. 7. ep. ad Curium* ait, id cujuſque eſſe proprium, quo quiſque utitur, fruitur.

Quæ reſponſio facile rejicitur ex ipſa *l.* 4. ubi dicitur, uſumfructum in multis caſibus eſſe partem dominii: at e contrario DD. ſupracitati, uſumfructum in uno tantum caſu dominii partem faciunt, cum ſcilicet eſt proprietati conjunctus. Ut interim prætercam, non fieri veriſimile Paulum in dicta lege loqui de uſufructu, qui proprietati copuletur, cum in toto eo *ff. tit.* ſemper, & ubique ſermo ſit de illo tantum uſufructu, qui ſervitus eſt.

II. Opinio docet, uſumfructum dici partem dominii in multis caſibus, ideſt habere ſimilitudinem dominii: quia vero in multis caſibus fructuario aliqua conceduntur, quæ regulariter rei domino congruunt, nec videntur, niſi domino competere. Ita poſt Gloſſ. Bald. & Fulg. in *d. l.* 4. Alciat. in *d. l. recte num.* 7. Connanus 4. *comment.* 3. & 6. Verum multum ſe torquent in tradendis caſibus, in quibus fructuarius domino aſſimiletur. Sed hi magis recepti ſunt. I. quod uſusfructus in parte rei conſtitui poteſt, *l.* 5. *ff. de uſufructu*, quod quidem in dominio locum habet, non item in aliis ſervitutibus, *l. pro parte ff. de ſervitut.* II. quod per legem Falcidiam diminui poteſt, *l. hereditatem ff. ad legem Falc.* qua in re etiam cum dominio convenit, & a ceteris ſervitutibus diſconvenit, quæ minui nequeunt, *l.* 1. §. *ſi uſusfructus ff. cit. tit.* III. Quia plures heredes in uſufructu pro partibus hereditariis remanent obligati, ut accidit in dominis; cum e diverſo in aliis ſervitutibus omnes in ſolidum teneantur, *l.* 2. *ff. de verb. oblig. l. loci* §. *ſi fundus*, *l. ſi forte* §. *ſi ædes ff. ſi ſervitus vindicetur.* Hi omnes tres caſus ab unica juris ratione pendent, quia uſusfructus dividuus eſt, ceteræ ſervitutes individuæ, *d. l.* 1. §. *ſi uſufr. ff. ad leg. Falc.* Vide Hotomannum *qq. illuſtrium* 18. Tandem fructuario cavetur de damno infecto, uti domino, *l. uſufructu legato* §. 1. *ff. de uſufructu*, *l. qui bona* §. *ſuperficiarium ff. de damno infecto.* Alios caſus addit Gloſ. in *d. l.* 4. qui tamen ad rem non faciunt, ideo omittimus.

Verum neque hæc reſponſio arridet; quia Paulus dicit uſumfructum in multis eſſe partem dominii: iſti vero docent uſumfructum in multis aſſimilari dominio. Quæ duo longe diſtant: nam ſimilitudo eſt in genere qualitatis: pars vero in genere quantitatis, in quo etiam eſt totum, cui pars refertur. Itaque etſi verum ſit, uſumfructum in caſibus prædictis aliquam cum dominio ſimilitudinem habere; non propterea tamen fit ſatis Paulo, qui dicit, illum eſſe dominii partem.

III. Sententia eſt Viglii Zuichemi in §. *alienus, Inſtitutionib. de hered. inſtituendis,* qui conſiderat, uſumfructum aliquando eſſe in corporum perceptione, ut ſi conſtituatur in agris, in grege: nam tum fructuarius ex agro percipit fructus, in grege percipit fœtus, qui non ſunt jus, ſed corpora, *l. vacca ff. de*

 evi-

evictioni. Iſto ergo caſu uſusfructus pro dominii parte haberi poteſt, cum fructuarius plene ſibi & fructus, & fœtus acquirat. E diverſo uſumfructum aliquando eſſe ſine corporum perceptione, uti eſt in uſufructu ædium, & dominii pars non erit. Nam ſi uſusfructuarius ipſe ædes inhabitet, non corpus ullum percipiet, ſed jure utetur: verum ſi eaſdem locet, penſionem a conductore accipiendo, videtur etiam corpus percipere. Quare tunc etiam uſusfructus pars dominii erit. Et ita mihi videtur, vel intelligendus, vel explicandus Viglius in prædicto loco: etſi ipſe generatim loquatur, dicendo in uſufructu ædium partem dominii non conſiderari.

Et hæc opinio recipi poteſt. Quod ſi objicias, textum in *d. l. recte*, loqui expreſſe de fundo, & tamen aſſerere totum fundum noſtrum eſſe, etiam cujus uſusfructus alienus ſit: reſpondetur hoc debere intelligi, cum uſusfructus conſideratur reſpectu ipſius fundi, ut palam textus loquitur: ſecus vero, ſi accipiatur reſpectu corporum, quæ ex fundo percipiuntur.

De prohibita patri alienatione in bonis filii, quæ adminiſtrat.

PARS III.

Tandem in noſtra *lege* 1. reſtringitur poteſtas patri conceſſa in adminiſtratione bonorum adventitiorum filiifamilias, ne ſcilicet pater ea poſſit alienare ullo modo; itaut filio uſucapio ab emtore objecta non obſtet: & filio quocunque tempore ſalvum & integrum ſit jus res alienatas vindicandi. Sed antequam hæc omnia explicemus, libet hic pro clariori rerum dicendarum intelligentia non nihil divagari, & de alienatione altius ſermonem ordiri. Sit ergo

De natura alienationis.

CAP. I.

Alienationis nomen varie cum in jure civili, tum canonico uſurpatur. Vulgo putant, alienationem tunc tantum eſſe, cum dominium transfertur, ex *l.* 1. *C. de fundo dotali*. Hinc eſt, quod qui rem ſuam vendit, ante traditionem non dicitur proprie alienare; nam adhuc non eſt dominium translatum, ſed apud venditorem ipſum manet, *l. alienatum ff. de verb. ſignif.* & qui occaſione acquirendi non utitur, nec etiam alienare intelligitur, non enim propterea dominium transfert in aliquem, cum nullum habuerit, *l. alienationis* §. 1. *ff. cit. tit.* quocirca non dicitur feciſſe in fraudem creditorum, qui hereditatem ſibi relictam non adit, aut legatum non agnoſcit, *l. quæ autem ff. quæ in fraudem cred.* E contrario autem, qui rem ſuam ab alio uſucapi ſinit & permittit, pro alienante habetur, *l. bonæ fidei* §. *veluti ff. de acq. rer. dom.*

Verius tamen eſt, alienationem eſſe non ſolum cum dominium transfertur, ſed etiam cum dominium amittitur ſine translatione: ut aperte probatur ex *d. l. alienationis*, in hæc verba: *Eum quoque alienare dicimus, qui non utendo amiſit ſervitutem*. Conſtat ſervitutem ita amiſſam extingui, nec ejus dominium tranſire in alium, & multo minus in proprietarium, cui res ſua non ſervit. Alienat ergo amittendo dominium, licet non transferat.

Hæc quæſtio utrum alienatio ſit aliquando ſola dominii deſitio antiquos etiam Juriſconſultos, ut mihi videtur, ſolicitos habuit: quod colligo ex duobus.

I. Quia apud ipſos diſputatum eſt, num res pro derelicto habita, ſtatim deſinat domini eſſe, antequam ab alio poſſeſſa fuerit? Qua in re invicem adverſati ſunt Proculejani, & Sabiniani. Proculus enim voluit, non deſinere domini eſſe, donec ab alio non poſſideatur: & hoc non alia de cauſa, niſi quod putabat, non poſſe dominum res ſuas alienare, niſi ſimul in alterum transferat; nam rem pro derelicto habere ſpecies eſt alienationis; DD. in *d. l. alienationis*: Sabinus tamen cum aſſecla Juliano, dum e diverſo opinatur poſſe alienationem in ſola dominii deſitione conſiſtere, docuit rei pro derelicto habitæ ſtatim dominium amitti, licet non fiat alterius, niſi poſſeſſa fuerit. Idem docuit Caſſius. Quare hæc ſententia obtinuit, uti patet ex Paulo in *l.* 2. *ff. pro derelicto*, Ulpianus in *l. falſus creditor* §. *qui alienum ff. de furtis*, & tandem ex Juſtiniano in §. *qua ratione de rer. diviſ.* Idem in ſimili habetur in *d. l. alienationis*, ut jam notavimus.

II. Quod hoc hoc etiam in poſſeſſione diſpu-

Digitized by Google

diſputatum eſt, utrum poſſit quis rei poſſeſſionem ita amittere, ut alteri non quæratur: quod tractat Celſus in *l. quod meo §. ſi furioſo ff. de acq. poſſ.* veluti ſi furioſo, quem ſanæ mentis eſſe exiſtimas, eo forte, quod in conſpectu inumbratæ quietis fuit conſtitutus, rem tradideris. Et decidit Celſus, quod licet ille non ſit adeptus poſſeſſionem, quæ ſine affectu & animo non acquiritur, tu poſſidere deſinis. Quæ fuerit ratio dubitandi, neſciunt Interpretes: nos dicimus eam omnino pendere a quæſtione propoſita, num ſcilicet poſſit quis alienare abſque eo, quod alter acquirat: nam amiſſio poſſeſſionis etiam eſt alienatio, *l. fin. C. de reb. alien.* Quare Celſus, qui credidit id fieri poſſe, neceſſario etiam docuit amitti poſſeſſionem tradendo rem alteri, etſi is eam non acquirat, *d. l. quod meo §. ſi furioſo*. Cujus rei contrarium ob contrariam ſcilicet rationem habetur in *l. ſi me in vacuam, in fine ſecundi reſponſi ff. de acq. poſſ.*

Hoc tamen diſtant dominium & poſſeſſio, quod poſſeſſio nuda voluntate amittitur, dominium non item, ſed præterea adhibenda eſt vel traditio in alterum, vel uſucapio, vel derelictio, *l. ſi quis vi §. differentia ff. cit. tit.* Vera diſcriminis ratio eſt, quod poſſeſſi eſt magis facti, dominium magis juris, *l. 1. §. 1. cum ſeq. l. poſſeſſio quoque §. 1. ff. cit. tit.* Ea autem, quæ ſunt facti, & magis naturalia, ex conſenſu noſtro fere pendent; cum civilia, & ea, quæ ſunt juris, non tam ex voluntate, & conſenſu noſtro, quam ex præſcripto juris & legum pendent, ut late notat Giphanius ad *d. §. differentia*. Quocirca falluntur quotquot putant id factum eſſe, quia poſſeſſio eſt res vilis, dominium pretioſa, contra textum in *§. retinendæ, Inſtitutionib. de interdictis*. Aliter reſpondent Zaſius *lib. 2. intellectuum ſingularium*, & Connanus *3. comm. 9.*

Hinc ergo probatum remanet, quod aſſerebamus, nimirum poſſe quem res ſuas alienare, etiamſi alter non acquirat; ſi enim hodie jam certi juris eſt, dominum, qui rem ſuam pro derelicto habet, ſtatim dominium amittere, etſi ſtatim res alterius non fiat; conſequens omnino fit, ut dicamus alienationem dupliciter fieri poſſe, vel per ſimplicem dominii deſitionem, ut accidit in derelinquente, vel per ejuſdem translationem. Rationem autem, cur ita ſtatutum ſit, eam eſſe puto, quod ſicut quis poteſt acquirere abſque eo quod alter alienet, ut accidit in occupatione: ita e diverſo poterit quis alienare abſque eo quod alter acquirat. Omnia enim, quæ jure acquiruntur, contrario jure pereunt, *l. omnia ff. de reg. jur.*

Solet etiam alienationis nomen latius accipi, prout comprehendit non modo dominii, ſed etiam juris cujuſcunque translationem, ſive deſitionem. De deſitione patet ex *d. l. alienationis ff. de verb. ſign.* ubi qui ſervitutem non utendo amittit, dicitur alienare: de translatione habetur in *l. ſancimus C. de reb. alienis non alienandis*, ubi ſive lex alienationem inhibuerit, ſive teſtator, ſive pactio contrahentium, intelligitur prohibita etiam uſusfructus datio, hypotheca, pignoris nexus, ſervitutis impoſitio, & emphyteuſeos contractus.

Verum de hypotheca DD. diſtinguunt, ut ſi agatur de materia odioſa, ubi ſtricta fit interpretatio, nomine alienationis non complectatur: quare accuſatus de crimine, ex quo bona fiſco devolvantur, quamvis alienare non poſſit, licite tamen hypothecam contrahet. Secus ſi verſemur in re favorabili, in qua alienatio hypothecam comprehendet. Ita Cynus, Baldus, aliique in *d. l. ſancimus*, Alexander *conſ. 29. num. 51. lib. 2.* Anton. Fanenſis *de pign. part. 2. memb. 3. num. 59.* Quæ diſtinctio licet vulgo recepta ſit, tamen facile falſa videtur ex ipſa *l. ſancimus*, ubi generatim, & citra diſtinctionem ullam, ſancitur nomen alienationis a quocunque prolatum, hypothecam includere. Et ratio eſt, quia juris translatio pro alienatione habetur, cujuſmodi utique eſt hypotheca. Ita recte Alciatus in *d. l. alienationis ff. de verb. ſignif.* & alii apud Tiraquellum *1. de retractu §. 1. gl. 18.*

Probabilius eſt, quod alii tradunt diſtinguendo inter hypothecam generalem, & ſpecialem, ut ſcilicet generalis non comprehendatur ſub alienationis prohibitione, ſpecialis vero ſecus, Covarruvias *var. 16.* Redoanus *de reb. Eccl. non alien. qu. 2. cap. 6.* Molina *de contract. lib. diſp. 466.* Quod patet primo, quia generalis hypotheca non omnem tollit adminiſtrandi poteſtatem, & vendendi: unde eſt, quod qui ſpeciali hypothecæ ſervum ſuppoſuit, prohibetur eundem libertate donare: at vero qui generatim omnia bona ſua hypothe-

Digitized by Google

potheca obſtrinxit, ſervum recte manumittit, *l. etiam*, *l. pen. ff. in quibus cauſis pignus*, *l.* 1. *C. de ſervo pignori dato*. Deinde patet expreſſe ex *cap. nulli liceat*, *de reb. Eccleſ. non alien.* ubi dicitur: *Nulli liceat alienare rem immobilem Eccleſiæ ſuæ*, *neque ſpecialis hypothecæ titulo obligare*: quocirca licitum erit generali hypothecæ ſupponere: nam qui unum includit, cetera excludit; & ſane nunquam Concilium ibi ſpecialis tantum hypothecæ meminiſſet, ſi generalis quoque ſub alienationis nomine eſſet comprehenſa, ut recte communiter Canoniſtæ in *d. cap.* obſervant; quamvis repugnet Stephanus Quaranta in *Summa bullarum*, *v. alienatio*.

Illud in dubio eſt, quid ſibi velit Concilium in *d. cap. nulli*, cum inter modos alienandi computat *Conditionem*. Id adeo videtur obſcurum, ut plurimi pro conditione putaverint legendum Conductionem, quæ de jure Canonico, ſi ultra triennium fiat, pro alienatione habetur, *Extrav. ambitioſæ*, *de reb. Eccl. non alien. cap. ad audientiam cit. tit.* Quæ correctio rejici omnino debet, cum ſit contra omnium librorum fidem. Præterea nunquam jura Canonica cum de locati contractu inter ſpecies alienationis loquuntur, ſimpliciter de ipſo meminerunt, ut hic fieret, ſi correctio admitteretur: ſed ſemper addunt tempus, veluti locando in perpetuum, vel ultra triennium, ut in *d. Extrav.* & in *d. cap. ad audientiam*, patet. Adde quod non debuiſſet dici Conductio, ſed Locatio; nam Eccleſia poteſt res conducere ultra triennium, licet nequeat locare; locamus enim res noſtras, conducimus res alienas.

Placet itaque, quod ajunt Innocentius, Andreas, & alii apud Redoanum *citat. quæſt.* 2. Concilium nomine *Conditionis* comprehendiſſe contractus, quibus non dominium, ſed jus in rem transfertur: nam deinde enumerat modos, quibus dominium transfertur, & inſuper emphyteuſim. Verba enim legis ſunt: *Alienationis autem verbum continet conditionem*, *donationem*, *venditionem*, *permutationem*, *& emphyteuſis perpetuum contractum*. Itaut Prælato non ſolum prohibetur ſervitutem fundo Eccleſiæ imponere; ſed neque etiam conditionem, aut onus ullum, veluti tributum, aut novum cenſum, ut patet ex *cap.* 1. *cum ſeqq. de cenſib.*

Jam ex hactenus dictis colligi poteſt, quæ ſit vera alienationis definitio, nempe, Eſt dominii, vel juris translatio, aut deſitio. Illud non omittendum, alienandi verbum in Edicto Proconſulis *de alienatione judicii mutandi cauſa facta*, ſpecialia quædam habere, de quibus vide in *l. item ſi res §. poteſt*, & *l. ex hoc edicto §. alienare*, *cum ſeqq. ff. eod. tit.* Verum, ut quæ hactenus dicta ſunt, clarius innoteſcant, nonnullas hic quæſtiones ad examen vocabimus.

Utrum ſub prohibitione alienationis comprehendatur uſucapio, & præſcriptio.

QUÆSTIO I.

Quam difficilis, & involuta ſit hæc controverſia, patet vel ex his, quæ Pinellus affert, & diſputat in *auth. niſi tricennale* a *num.* 24. hoc noſtro titulo, ubi plurimos adducit, qui contendunt prohibita alienatione, etiam uſucapionem, & præſcriptionem prohiberi, cum e contrario alii contra pugnent, quibus ipſe accedit. Inter has tricas mihi videtur amplectenda opinio Cujacii ad Paulum in *l. alienationis ff. de verb. ſignif.* qui diſtinguit ita, ut qui prohibitus eſt alienare, nequeat pati bona uſucapi vel præſcribi; nam in patiendo videtur alienaſſe, & incidit propter ea in commiſſum: at vero interim uſucapio valet reſpectu ejus, qui uſucapit; niſi a lege ſpeciatim ipſa uſucapio in alicujus favorem nulla declaretur. Regulam, & exceptionem probabimus.

Probatur regula ex Triphonino in *l. ſi fundum ff. de fundo dotali*, ubi maritus, qui ob negligentiam permittit fundum mulieris dotalem uſucapi ab alio, *rem*, ut ait textus, *periculi ſui facit*. Id autem eſt teneri, tanquam ſi alienaſſet, de ſuo uxori damnum reſarcire: neque enim uſucapio irritatur, ſed ſibi conſtat; quippe lex Julia, ut ſubdit Juriſconſultus, *non interpellat eam poſſeſſionem*, *quæ per longum tempus fuit*, hoc eſt, uſucapionem non irritat. Conſtat ergo, quod dicebamus, uſucapionem valere, & uſucapientem ſibi rem acquirere; at eum qui uſucapi permittit, incidere in commiſſum, & ex bonis ſuis illatum damnum reficere.

Ita quoque intelligendus eſt textus in *l. alienationis ff. de verb. ſign.* ubi qui patitur uſucapi, vix eſt, ut non videatur alienare; qui textus, ut Cujacius notat, deſumtus eſt

ex

Digitized by Google

ex Paulo *lib.* 23. *ad edictum*, in quo de judicio familiæ erciſcundæ, & communi dividundo agebatur. Senſus itaque eſt, quod ſi alius ex heredibus, vel ſociis, qui bona communia poſſident, patiatur rem uſucapi, plectitur pro alienante: nam in judicio familiæ erciſcundæ, vel communi dividundo, tenetur ſociis, vel coheredibus tantundem de ſuo præſtare, argumento ex *l.* 13. *cum ſeq. ff. famil. erciſc.* & ex *l.* 1. *ff. communi dividundo*.

Nec aliud habet Scævola in *l. Sticho ff. de uſufruct. legato*, ubi ſi negligente eo, cui injunctum eſt fideicommiſſum, fundus obnoxius uſucapiatur, uſucapienti quæſitus dicitur. Ergo uſucapio valet; & nihilo minus ambigi non poteſt, heredem fideicommiſſo gravatum obligari fideicommiſſario ad damnum reficiendum, *l. fin.* §. *ſed quia C. communia de legat.*

Hoc ſenſu poteſt recipi, quod vulgo tradunt DD. de rebus litigioſis. Res nempe litigioſas alienari non poſſe, *tot. tit. C. de litigioſis*; eaſdem tamen uſucapi poſſe docent per textum in *l.* 1. *C. de præſcriptione longi temporis*, ibique Paulus *ad finem*, Tiraquellus *de primogen. q.* 30. *num.* 3. Nam in *d. l.* 1. ſolum habetur eum, qui longo tempore præſcripſit, non eſſe inquietandum; nec propterea ſequitur eum, qui præſcriptionem poſt litem motam permiſit, non plecti, & pro alienante non haberi. Hæc dicta veluti pro communi interpretatione *d. l.* 1. nam ceteroqui verior mihi videtur interpretatio Accurſii, qui ibi putat rem non fuiſſe amplius litigioſam, utpote quæ dicitur tranſiſſe ad novos dominos poſt motam quidem litem, ſed omiſſam: ac ita omiſſam, ut jam viginti anni tranſierint.

Idipſum eſt de jure Canonico in fundis Eccleſiaſticis, qui licet alienari non poſſint, in eis tamen jure ſubſiſtit præſcriptio & uſucapio, *cap. de quarta*, *cap. ad aures*, *de præſcriptionib.* Subſiſtit, inquam, in quantum ad uſucapientem; nam prælatus, qui rem uſucapi paſſus eſt, damnum Eccleſiæ reſarcire tenetur, communiter Canoniſtæ in *rub. de reb. Eccleſiæ non alienandis*. Illud in Eccleſia ſpeciale eſt, quod contra præſcribentem, ex cauſa juſtæ ignorantiæ poteſt intra quadriennium impetrare in integrum reſtitutionem: quod quidem tempus initio eſt utile, hoc eſt non fluit, niſi a die, quo Eccleſia ſcivit & comperit uſucapionem eſſe completam: ubi vero jam cœpit fluere, eſt continuum, Gloſſa in *cap.* 1. *de in integrum reſtit.* Immo Canoniſtæ frequentes docent, Eccleſiæ Romanæ jus iſtud, ſeu legis auxilium, intra centum annos competere. Vide late Aymonem Cravettam, *de antiquit. tempor. part.* 4. *per tot.* Decium *conſ.* 29. Alexand. *conſ.* 105. *lib.* 2. quod eſt contra Boer. *deciſ.* 36. qui Eccleſiæ Romanæ nullum jus, niſi intra quatriennium concedit.

Exceptio tandem probatur ex pluribus. Nam in *l.* 2. *C. de uſucapione pro emtore*, habetur prohibitionem alienationis a teſtatore factam ex urgenti cauſa, impedire uſucapionem, veluti ſi ſervos propter perfectæ artis notitiam vetuerit ab herede ſuo diſtrahi. Ita etiam res a pupillo ſine tutoris auctoritate diſtractæ nullo capiuntur temporis uſu, ætate pupillari durante, *l. eum qui a pupillo C. cit. tit.* etſi putaverim pupillis licere res ſuas ſine auctoritate tutoris adminiſtrare: quia juris error nulli prodeſt. Secus ſi error ſit facti, ut ſi pupillum puberem putem, quo caſu plus non eſt in re, quam in exiſtimatione, *l.* 2. §. *ſi a pupillo ff. pro emtore*. Ita pariter in noſtra *l.* 1. patri legitimo adminiſtratori prohibetur rerum filiiſam. alienatio, adeo ut accipienti nulla proſit uſucapio; de qua tamen re infra latius. Ex his omnibus confirmatur quod ſupra dicebamus, non eſſe ſatis prohibitionem alienationis ad hoc, ut res uſucapi nequeat, niſi ſpecialis legis prohibitio de uſucapione ipſa accedat. Et ſic intelligatur oportet textus in *l. ubi lex ff. de uſucapionib.* ubi non dicitur prohibita alienatione prohiberi uſucapionem, ut Bartolus, & reliqui ibi ſomniant: cum tantum dicat prohibita in ſpecie uſucapione nullo caſu uſucapi poſſe. Verba legis ſunt: *Ubi lex inhibet uſucapionem, bona fide poſſidenti nihil prodeſt.*

An qui occaſione acquirendi non utitur, dicatur alienare.

QUÆSTIO II.

Hic ſeparanda eſt hereditas a legato, etſi vulgo DD. hæc omnia miſceant, & involvant; quippe diverſa ratio eſt in uno caſu, atque in altero, ut jam palam faciemus.

Du-

Dubium itaque nullum in hereditate eſt; nam leges ad unam omnes palam docent, repudiationem hereditatis non eſſe alienationem, hoc eſt eum, qui hereditatem ſibi relictam non acquirit, nulli aut homini, aut legi fraudem facere, *l. ſi ſponſus §. ſi maritus ff. de donationib. inter vir. l. qui autem §. unde ff. quæ in fraudem creditorum, l. alienationis §. 1. ff. de verb. ſignif.* Ratio, cur difficultas in hereditate locum non habeat, dependet ex eo, quod hereditas non ſit noſtra, niſi per aditionem, ut propterea qui eam ante aditionem repudiat, nullo modo dici poſſit alienare, cum jus non ſit quæſitum, ſed quærendum. Unde hereditas nondum adita non eſt in bonis noſtris, argumento ex *l. pretia rerum ff. ad leg. Falc. l. cum quidam ff. de jure fiſci*. Stet ergo in hac parte regula. Cum agitur de jure quærendo, qui occaſionem acquirendi omittit, pro alienante non habetur, veluti ſi quis rem mihi offerat, quam ſe donare ait, & eam ego accipere nolim, utique non alieno: quippe de jure quærendo agebatur, Alciatus in *d. l. alienationis*.

Tota itaque difficultas verſatur in legatis, ubi videtur agi de jure quæſito, cum legatum ſtatim a morte teſtatoris dicatur legatario quæſitum ipſo jure, ſine ullo legatarii facto, *l. a Titio ff. de furtis*. Hic leges ſibi invicem addverſantur. Nam Ulpianus in *l. magis puto §. fundum ff. de reb. eorum*, aſſerit quod alienat, qui legatum repudiat, in hæc verba: *Fundum legatum repudiare pupillus ſine Prætoris auctoritate non poteſt: Eſſe enim & hanc alienationem, cum res ſit pupilli, nemo dubitat*. Ubi Juriſconſultus, ut apparet, rationem reddit, ut in hoc caſu alienatio habeatur, quia, inquit, *res eſt pupilli*: hoc eſt legatum jam a morte teſtatoris pupillo quæſitum eſt ipſo jure. Id ſequuntur Jaſon in *l. legatum ff. de legat.* 1. Soccinus *conſ.* 189. & ex Canoniſtis Laurentius de Rodulfis in *can. ſine exceptione* 12. *q.* 2. Zabarella in *Clem. gratia, de reſcript.*

Contrarium tamen aſſeritur ab eodem Ulpiano in *l. 1. §. utrum ff. ſi quid in fraudem patroni*, ubi habetur, Favianam actionem ceſſare, ſi libertus in fraudem patroni legatum repulerit, hoc eſt non poſſe patronum actione Faviana revocare repudiationem legati a liberto in fraudem ſuam factam. Et rationem addit Ulpianus: *Quamvis enim*, inquit, *legatum retro noſtrum ſit, niſi repudietur, attamen cum repudiatur, retro noſtrum non fuiſſe palam eſt*. Concordat idem Ulpianus in *l. qui autem §. ſed & illud ff. quæ in fraudem creditorum: Sed & illud probandum eſt, ſi legatum repudiavit, ceſſare hoc edictum, quod Julianus quoque ſcribit*. Et tandem in *l. ſi ſponſus §. ſi maritus heres ff. de donationib. inter virum*, docet Ulpianus etiam poſſe maritum repudiare in favorem uxoris non modo hereditatem, ſed etiam legatum. Hanc opinionem amplexi ſunt Roman. *conſ.* 83. Crot. *conſ.* 119. Federicus de Senis *conſ.* 9. Ex Canoniſtis Innocentius, Geminianus in *cap. dudum, de reb. Eccleſ.* cum aliis apud Puteum *dec.* 219. *lib.* 2.

Sed noſtrum opus eſt videre, quæ via ad leges has conciliandas poſſit iniri. Primo ergo quidam opinati ſunt, cum Ulpianus ait legati repudiationem pro alienatione non haberi, intelligi cum id fit ante hereditatem aditam, quo caſu rei legatæ dominium vere quæſitum non eſt, ſed quærendum. E contrario, ſi hereditas jam adita ſit, quia legati jus videtur jam quæſitum, repudiatio ejuſdem alienatio erit. Sed hæc antinomiæ conciliatio facile admitti non poteſt, ut recte Accurſius obſervat, non modo, quia divinat, ſed etiam, quia ante hereditatem aditam legatum non recte repudiatur; quandoquidem repudiatio eſt juris delati, ſed nondum quæſiti, hoc eſt earum ſolum rerum, quas in arbitrio noſtro eſt acquirere, vel non. Juris autem quærendi nulla repudiatio eſt, cum repudiare ſit idem, ac dicere nolle ſe id acquirere; cujus autem eſt nolle, cujus eſt velle, *l. nolle ff. de acq. hered. l. qui poteſt, §. 1. ff. de reg. juris*. Quare cum in jure quærendo dicere non poſſumus velle, ita neque nolle, hoc eſt repudiare. Sic ergo legatum ſub conditione relictum nequis rejici, appoſita conditione nondum exiſtente, quia acquirere non poſſumus, etſi velimus, *l. ſi ita ſcriptum §. ſub conditione ff. de legat.* 1. Idipſum eſt in hereditate conditionali, *l. is qui heres ff. de acq. hered.* veluti etiam ſi teſtator adhuc mortuus non ſit, *l. qui ſuperſtitis ff. cit. tit.* Unde regula eſt, juris futuri repudiatio nulla eſt, niſi referatur ad id temporis, quo delatum erit, DD. in *cap. quamvis pactum, de pactis in 6.* & in *l. 1. C. de pactis*. Itaque ſi ante hereditatis aditio-

tio-

tionem legati jus non eſt delatum, ut volunt, conſequens omnino fit, ut nec repudiari poſſit.

Alii ergo conciliationem harum legum a jure antiquo petunt, diſtinguendo inter legatum vindicationis & damnationis. Nam in legato vindicationis verum erat, quod ſtatim a morte teſtatoris, recta via, rei legatæ dominium in legatarium transferretur: ex quo legatario vindicatio, ſeu in rem actio, illico competebat, Ulpianus in *fragm. tit. de legatis*, uti eſt explicandus textus in *l. a Titio ff. de furtis*. Secus erat in legato damnationis, quod non transferebat legatæ rei dominium, ſed tantum condictionem, ſeu perſonalem actionem ex teſtamento, quod idem Ulpianus docet, & notant DD. ex *l. ſi quis bonorum ff. de legat.* 1. Hinc eſt, quod olim non res quæcunque poterant per vindicationem legari, ſed illæ ſolum, quæ teſtatoris eſſent: res vero alienæ, vel quæ futuræ ſperabantur, legari non poterant, niſi per damnationem, propterea quod illarum dominium nequibat ſtatim, & ipſo jure in legatarium tranſcribi, ut explicatum eſt in *Inſtitutionib. tit. de legatis*.

Hinc facile nodus antinomiæ diſſolvitur. Nam textus in *l. magis puto §. fundum*, locum habet in legato vindicationis, cujus cum dominium ſit a morte teſtatoris quæſitum, utique nequit repudiari, quin alienatio non fiat, hoc eſt dominii translatio. Et ſane Ulpianum de hoc legato ibi loqui, aperte patet ex ratione, quam addit, dicendo legatum jam quæſitum eſſe legatario ſeu pupillo: quod, ut notavimus, non niſi in vindicationis legato accidit. Hæc eſt cauſa, cur ibidem Juriſconſultus dicat, *Nemo dubitat*. Nam clariſſimi juris eſt in repudiatione rei quæſitæ alienationem contineri. At e contrario in *l.* 1. §. *utrum*, cum concordantibus, ſermo habetur de legato damnationis, cujus repudiatio pro alienatione non habetur, quia per ipſum nullum jus in rem, ſeu dominium in legatarium translatum eſt.

Verum licet ex novo jure Juſtinianeo in *l.* 1. *C. communia de legatis*, ſtatutum ſit omnium legatorum eandem vim eſſe, itaut ex quovis legato non ſolum hypothecaria, & perſonalis actio, verum etiam vindicatio concedatur; tamen hoc intelligemus oportet, cum id rei natura patitur. Nam utique in legato rei alienæ, in legato generis, optionis, rerum quæ futuræ ſperantur, nequit ullo modo dici dominium ſtatim eſſe tranſcriptum in legatarium: & proinde ex his legatis interim nequit transferri, niſi actio in perſonam ex teſtamento. Quocirca in ipſis recte procedet textus in *d.* §. *utrum*, cum aliis ſimilibus, ſcilicet, ut ipſorum repudiatio pro alienatione non exiſtimetur.

An prohibitus alienare extra familiam poſſit heredem extraneum inſtituere.

QUÆSTIO III.

Communis opinio in foro paſſim recepta docet, eum, qui prohibitus eſt extra familiam bona alienare, cenſeri etiam prohibitum inſtituere in his bonis heredem, qui de familia non ſit: prorſus ut, qui ſecus fecerit, fraudem fideicommiſſo facere dicat. Ita Accurſ. Bart. Alex. & alii in *l. filiusfam.* §. *divi* 2. & in *l. pater* §. *fundum ff. de legat.* 1. & in aliis juris noſtri locis, quæ infra adducemus, & explanabimus.

Sed in contrarium nititur Antonius Fab. 4. *conject.* 6. *& ſeqq.* qui contendit, facta ſimplici prohibitione, ne extra familiam alienetur, recte poſſe extraneum heredem inſtitui. Quod ex antiquis etiam voluit Angelus, notante Catelliano Cotta in *Memorab. juris*, *v. alienatio*. Quæ ſententia verior eſt.

Et I. probatur ratione, quia alienatio eſt actus, quo dominium transfertur vel deſinit: ſed inſtitutio heredis etiam extranei non eſt translatio, neque deſitio: ergo non eſt alienatio. Minor propoſitio, in qua tota difficultas verſari videtur, quam facillime probatur ex eo, quod in heredem dicitur dominium continuari idem, quod in defuncto fuerat, *l. cum heres ff. de diverſ. præſcript. l. in ſuis ff. de ſuis & legit.* Quare defunctus & heres una omnino cenſentur perſona, ut habetur in *auth. de jurejur. a moriente præſtito*: Quod ſane ob neceſſariam juris rationem introductum fuit, ne ſcilicet rerum hereditariarum dominium pro aliquo licet breviſſimo tempore vacaret; nam ſi hoc accideret, res fierent nullius, & occupanti eſſent concedendæ. Hinc ergo eſt, quod heredis inſtitutio nequit per ſe dici alienatio, quæ translationem, vel deſitionem dominii requirit, & in continuatione ejuſdem locum habere non poteſt.

II. Probatur ex Papin. in *l. peto 71.* §. *fratre ff. de legat.*2. ubi proponitur fideicommiſſum his verbis conceptum, *Ne domus alienaretur, ſed ut in familia relinqueretur*, quo loco palam ut diverſa ponuntur, alienare, & in familia relinquere: quare Jureconſultus ſubdit: *Si non paruerit heres voluntati, ſed domum alienaverit, vel extero herede inſtituto deceſſerit, omnes fideicommiſſum petent, qui in familia fuerint*. Ubi pariter alienare, & exterum heredem inſtituere, disjunguntur per particulam, *vel*, quæ inter diverſa poni ſolet, niſi aliud reperiatur expreſſe conſtitutum. Late DD. in *l. Lucius ff. de hered. inſtit.* & in *l. generaliter* §. *cum autem C. de inſtitutionib.*

III. Probatur ex vulgato Scævolæ reſponſo in *l. pater 36.* §. *quindecim ff. de legat.*3. ubi patrona quindecim libertis prædiolum cum taberna legaverat, his verbis adjectis: *Sibique eos habere poſſidere volo ea lege, & conditione, ne quis eorum partem ſuam vendere, donare, aliudve quid facere alii velit. Quod ſi adverſus ea quid factum erit, tunc eas portiones, prædiumve cum taberna, ad remp. Tuſculanorum pertinere volo*. Illud accidit, quod duo ex his libertis emerunt partes collibertorum, ac demum extraneo herede inſtituto obierunt. Quæſitum eſt, an partes venditæ ad Rempublicam Tuſculanorum pertinerent? Et Scævola reſpondet non pertinere, quia alienatio ex mente teſtatricis prohibita erat tantum in quantum ad extraneos, non etiam inter ſe.

Hactenus Scævola. Sed aliud hic dubium poterat oriri, num Reſpublica Tuſculanorum petere poſſet ex fideicommiſſo partes libertorum non venditas, qui extraneo herede inſtituto deceſſerunt? Ratio dubitandi eſt, quia teſtatrix non modo prohibuerat vendere, & donare, ſed alium omnem quemcunque actum, per quem liberti contra ſuam voluntatem facerent, transferendo in alios prædiolum cum taberna: nam verbum facere omnem omnino faciendi cauſam complectitur, *l. verbum facere ff. de verb. ſignif.* Itaque Reſpublica Tuſculanorum recte videbatur poſſe fideicommiſſum petere, cum duo ex libertis, decedendo, extraneum inſtituiſſent heredem.

Hanc difficultatem a Scævola omiſſam, reſolvit Claudius Juriſconſultus ibidem, qui notas ad Scævolam ſcripſit: & negat eſſe locum fideicommiſſo. Nam in fine ita generatim concludit: *Nec conditio extitit dati fideicommiſſi Tuſculanis;* ſane verba ita generatim prolata capere opus eſt, etiam de partibus non venditis, & extraneo heredi relictis. Quod ſi ſecus foret, utique Claudius diſtinxiſſet, dicendo fideicommiſſum ex parte extitiſſe, & ex parte non. Quod tamen Juriſconſultus non fecit. Quocirca fallitur Rogerius, quem ſequitur Acc. ibidem, *v. conditio extitit*, dum docet, fideicommiſſum non extitiſſe in quantum ad partes collibertis venditas, ſed extitiſſe in quantum heres extraneus fuit inſtitutus. Ceterum ratio Claudii ea videtur fuiſſe, quia verbum illud, *Aliudve facere*, fideicommiſſo adjectum, regitur ex prioribus verbis, hoc eſt, *Vendere*, *donare*, ut propterea comprehendat veram alienationem, per quam fit dominii deſitio, aut translatio; non etiam complectitur heredis inſtitutionem, in qua non eſt, niſi dominii continuatio.

IV. Probatur ex eadem *l. pater* §. *fundum*, ubi pater fundum a filio, quoad vixerit, vetuerat venundari, donari, pignerari; & deinde adjecit, ut fundus is de nomine familiæ nunquam exiret. Dubitatum eſt, utrum filius decedendo poſſet extraneos ſibi ſcribere in teſtamento heredes. Ratio dubitandi erat, quia teſtator ſibi ipſi contrarius videbatur; nam primo filium prohibuerat, ne alienaret, *quoad vixerit:* deinde addiderat velle ſe fundum nunquam de nomine ſuo egredi; quippe particula, *nunquam*, etiam poſt mortem extenditur. Eo non obſtante Scævola reſpondit, poſſe extraneum heredem inſtitui, licet filius quoad viveret, nequiſſet alienare, vel pignerare. Ratio eſt, quia teſtator oculum tantum ad alienationem videtur habuiſſe, dicendo, *venundari*, *donari*, *pignerari*, quæ omnia alienationes ſunt: quare non erat extendenda voluntas ad heredis extranei Inſtitutionem, quæ alienatio non eſt. Itaque videntur omnino falli adverſarii, qui hunc textum pro ſe citant.

Sed videamus quæ ſint reliqua Adverſariorum argumenta. I. objiciunt ex *ead. l. pater* §. *Julius Agrippa*; nam quidam teſtamento cavit, ne ullo modo bona heres pigneraret, aut ullo modo alienaret; Scævola tamen ait inſtitutum recte poſſe extraneum heredem ſcribere, neque id eſſe contra teſtatoris mentem. Cujus rei cauſam reddit, quia

quia *hoc*, ſcilicet alienationis prohibitio, *nudum præceptum erat*, nempe ſine cauſa. Ergo inquiunt adverſarii, quando alienatio nuda non eſt, & cum cauſa ſit, non poterit extraneus heres inſtitui. Sed ita eſt in caſu noſtro, ubi prohibetur alienatio non ſimpliciter, ſed extra familiam: nam illud extra familiam, vim cauſæ habet. Ergo heres extraneus inſtitui non poteſt. Id vero eſt contrariorum Achilles.

Verum reſpondemus diſtinguendo conſequens, hoc eſt, ſi cauſa expreſſa in prohibitione alienationis ſatis eſt ad excludendam extranei heredis inſtitutionem, & concedimus conſecutionem: ſi vero contra, ſatis non ſit, negamus. Inde conceſſa minore propoſitione ſubſumta, negatur iterum conſequutio. Et ratio eſt, quia licet prohibitio alienationis extra familiam, non ſit nudum præceptum, ſed habeat veluti fideicommiſſum tacite ex mente teſtatoris, cum cauſa deductum, prorſus ut nequeat heres extra familiam bona diſtrahere, ſeu alienare; tamen hæc cauſa, ſeu familiæ favor, non eſt ſatis ad prohibendam heredis externi inſtitutionem, utpote quæ alienatio non eſt, de qua teſtator ſenſit, & loquutus eſt. Non enim prohibito actu inter vivos, prohibetur etiam actus ultimæ voluntatis, *l. peto §. fratre ff. de legat.* 2.

II. Objiciunt ex *l. qui ſolidum §. prædium ff. de legat.* 2. quo loco pater verbis fideicommiſſi prohibuit liberos prædium de familia alienare: & accidit, ut ceteris filiis vita functis ſupremus ex his, ſine liberis decedens, extraneum inſtituit heredem; reſpondet Papinianus, hunc extraneum heredem habere actionem ad petendum fideicommiſſum eorum bonorum, quæ liberi primo mortui tranſmiſerunt in extraneas, non ſecus atque hanc actionem habebat poſtremus filius. Nam cum jam nullus alius ex liberis ſuperſtes ſit, recte ultimus extraneum heredem inſtituit, non etiam illi, qui primo deceſſerunt. Ergo prohibita alienatione extra familiam, prohibetur extranei heredis inſtitutio.

Sed negatur conſecutio. Ad textum Papiniani patet reſponſio, quia fideicommiſſum, de quo ibi agebatur, non fuit ſimplex, & ex ſola mente teſtatoris proveniens; nam, ut idem Juriſconſultus ait, fuit factum verbis fideicommiſſi. Qui diverſus caſus eſt: ſcilicet pater juſſerat prædium in familia ſervari, vel ut ſemper in familia eſſet, aut etiam, ne de ſuo nomine egrederetur; nam in his caſibus concedimus ultro heredem extraneum non poſſe inſtitui.

Neque replices, ſi ita eſſet, ut dicimus, utique Juriſconſultus ibi decidiſſet rem, de qua nulla poterat ineſſe dubitatio: quod non eſt aſſerendum, cum certiſſimi juris ſit, in his cauſis non poſſe heredem externum inſtitui.

Nam Faber reſpondet, rationem dubitandi non in hoc fuiſſe, ſed in re alia, ſcilicet num poſſet extraneus heres ultimi decedentis, uti petitione fideicommiſſi contra alios heredes filiorum, qui antecedenter mortui fuerant; nam hi heredes contendebant poſſe retinere partes prædii ſibi relictas, quas licet potuiſſet avocare ex vi fideicommiſſi ultimus filius moriens; non tamen idem jus eſſe volebant in herede ejuſdem, qui extraneus heres eſſet. Sed eo nihil obſtante Papinianus reſpondit, recte heredem hunc ultimi morientis avocare ex fideicommiſſo partes prædii jam dictas, ex eo quod jus iſtud avocandi jam quæſitum fuerat ultimo morienti: propterea nil mirum, ſi illud idem dicatur in ipſius heredem tranſmiſſum.

In hac ergo quæſtione duos omnino caſus diſtinguimus. Prior eſt, ſi fideicommiſſum ſimpliciter ſit factum, jubendo bona non alienari extra familiam, quo caſu recte heres extraneus inſtituitur, quia inſtitutio non eſt alienatio. Alter eſt, ſi prohibitio facta ſit verbis fideicommiſſi, veluti ut bona remaneant in familia, & tunc heres extraneus heres non admittetur, quia vere bona in familia non remanerent.

Atque eo modo explicandæ ſunt nonnullæ aliæ leges, præcipue in *l. unum ex familia §. ſed & ſi fundum* in *d. l. peto §. fratre*, in *l. filiusfamilias §. cum pater*, in quibus omnibus agitur de fideicommiſſo, quo bona jubentur in familia conſervari.

De Patre alienante.

HIS ita generatim de alienatione poſitis, jam per ſe explicata propemodum remanent ea, quæcunque de alienatione patris, qui legitimus adminiſtrator bonorum adventitiorum filiifamilias ſit, dici poſſunt; hæc enim particularia plerumque ex generalibus illis dependent. Verumtamen ad clario-

riorem intelligentiam aliqua hic non præteribimus, quæ in tertia hac noſtræ legis parte examinari ſolent.

Quamvis pater veluti pro domino ſe gerere poſſit, ob plenum uſumfructum poteſtatemque agendi, & defendendi in adventitiis filii; tamen quia cenſetur poſitus ad ædificandum magis, quam ad deſtruendum, propterea ipſi eidem alienandi poteſtas eſt denegata, ut hic, & in *l. fin.* §. *ipſum autem C. de bonis quæ liberis*. Quæ prohibitio ceſſat, cum agitur de cauſa neceſſaria, puta ſi perſolvendum ſit æs alienum a filio herede debitum: quippe recte pater alienat res mobiles; ſin autem hæ non ſufficiunt, etiam immobiles, ſolvet, *d. l. fin.* §. *ſin autem æs*, ſcilicet, ut reddito ære alieno, filius uſurarum onere non prægravetur. Nec opus eſt, ut Judicis decretum interponatur, ut primus omnium docuit Azo in *rubr. noſtri tit. num.* 11. ſequitur & extollit Baldus in *d.* §. *ſin autem æs*, Decius, Soccinus, aliique apud Tiraquellum in *l. ſi unquam in princ. num.* 28. *C. de revoc. donat.* Afflictus *dec.* 393. *n.* 1.

Contra tamen pugnant Salycetus in *l. præſens C. de transactionib.* ubi etiam Jaſon *n.* 5. putat legendo & diſputando contra Azonem dici poſſe, Grotus in *l. frater a fratre n.* 31. Gomez in *l.* 48. *Tauri*, *ad finem*, aliique. Movetur Salycetus a ſimili; nam pater tutor, aut curator filii, non poteſt alienare citra Judicis decretum, *l. ſi pupillorum* §. *ſi pater ff. de reb. eorum*, *l.* 3. *C. de prædiis minorum*. Quod tamen minime obſtat; loquimur enim nos hic de patre legitimo adminiſtratore, cui lex multum tribuit, certe magis quam tutori, vel curatori, ut ſupra in 2. *parte* latius a nobis deductum.

Alio ſe vertit Jaſon, qui movetur ex *d. l. fin.* §. *ſed pater*, ubi dicitur: *Habeat licentiam rite res filiorumfamilias vendere*. Nam illud, *rite*, juris ſolemnitatem ſignificat. Sed rectius Tiraquellus docet, hic verbum *rite*, ad cauſam, & ordinem alienationis referendum eſſe, non etiam ad decretum, & auctoritatem Judicis, cujus nihil meminit textus in §. *ſin autem æs*, ubi nominatim & ſpecialiter de alienatione paterna agebatur. Cauſa autem, & ordo, quæ hic reſpiciuntur, ſunt e contrario expoſita in *cit.* §. nimirum ut alienatio fiat ob cauſam neceſſariam æris alieni: item ut fiat hoc ordine, ut tunc ad immobilia deveniatur, cum mobilia non ſunt ſatis. Hæc, inquam, & non alia, verbum *rite*, reſpicit.

Verum tamen eſt, cum regula ſit negativa, ne pater alienet, patre alienante, filium dici habere fundatam intentionem vindicandi res alienatas, donec adverſarius probet de neceſſitate alienationis, quæ regulam limitat Decius *conſ.* 8. *num.* 11. & *conſ.* 60. *col.* 2. Alexander *conſ.* 18. *lib.* 3. Nam ubi regula legis eſt prohibitiva, non ſtatur confeſſioni alterius contrahentium, vel teſtantium, Quare ſi pater filio manzero, cui donare nequit, vendat, non creditur ei dicenti ſe pretium recepiſſe, ut contra Gloſſ. in *l.* 27. *ff. de probationib.* communiter eſt receptum poſt Jaſon in *l. ſi is qui ex bonis*, *col. fin. ff. de vulg.* & Decium *conſ.* 311. *col.* 2. & probatur ex *l.* 1. *C. de natur. liber.*

Poteſt etiam pater alienare res tempore perituras, & oneroſas: quod probatur ex *l. ult. C. de bonis quæ liberis*, in hæc verba: *Exceptis rebus*, *quæ oneroſæ hereditati ſunt*, *vel quocunque modo damnoſæ*, *quas ſine periculo vendere patri licet*. Ubi ſub rebus quocumque modo damnoſis jure comprehenduntur res tempore perituræ, & quæ ſervando ſervari non poſſunt. Probatur etiam, quia ſæpe in jure noſtro cauſa utilitatis æquiparatur cauſæ neceſſitatis, & in *l. Ariſto ff. de jure deliberandi*, ubi heres inter deliberandum poteſt a Prætore impetrare, ut ſine præjudicio juris pretiis vendat res, quæ tractu temporis deteriores fiant, item ea, quæ nimium ſumtuoſa ſunt, veluti jumenta, aut venalitia, tandem ſolvere æs alienum, quod ſub pœna, vel pretioſis pignoribus debeatur; cui diſpoſitioni concordat ſub *eod. tit. text.* in *l. ait Prætor* §. *in cauſæ*. Ita hæc eadem æquiparatio patet ex *l. non ſolum ff. de petit. hered.* ubi poſſeſſori hereditatis permittitur alienatio, tam ſi neceſſaria fuerit, quam ſi mora res perituræ, deterioreſve futuræ ſint. Ergo hæc in caſu noſtro etiam locum habere concordant DD. etſi in cauſis aliis cauſa neceſſitatis ab ea, quæ eſt utilitatis, diſtinguatur. Vide Decium in *l.* 2. *n.* 6. *ff. de offic. ejus cui mandata eſt juriſdictio*.

Idem eſt, ſi bona fuerint quidem ſtabilia, ſed ruinam minentur, *l. verum* §. *ſi locupleti ff. de minorib.* ubi *prædia ruinoſa* recte a curatore venduntur, ut etiam ea, quæ *multis caſibus obnoxia ſunt*: quod DD. de rebus

bus in monte, vel propter mare, aut flumen poſitis, interpretantur, quæ inundationem facile pati poſſint, Bartolus in *l.2. n. 19. ff. ſol. matrim.* Alexand. & Jaſon. in *l. ſciendum 4. limit. ff. qui ſatiſdare cogantur*, Tiraquell. *de retract.* §.1. *gl.7. n.91.*

Ulterius licet patri alienare uſumfructum, quem in rebus filii adventitiis habet, ut & idem omni alteri fructuario licet, *l. arboribus* §. *uſufructuarius ff. de uſufr.* juxta ea, quæ ſupra diſputavimus in principio ſecundæ partis. Immo Albericus hic *col. 2. num. 4.* putat, patrem alienantem res filii adventitias, intelligi facere id ſolum, quod poteſt, hoc eſt alienare uſumfructum, quem in hiſce rebus habet, juxta regulam, ſi quod ago non valet uti ago, valeat ut valere poteſt, argumento ex *l. qui tabernas ff. de contr. emt.* ubi qui tabernas publicas vendit, cenſetur jus vendidiſſe, quod in ipſis habet, ſeu uſum, qui ad privatos pertinet. Ita quoque cum quis ſervum ſuum adoptat, quamvis nulla adoptio ſit, ſervus tamen ſententia Catonis liber fiet, §. *ult. Inſtitutionib. de adoptionibus*, *l. un.* §. *ſimili C. de latin. libertat.*

Sed objiciunt quidam apud Pinellum hic, *num. 37.* textum in *l. cum oportet* §. *etſi quid C. de bonis quæ liberis*, ubi patri permittitur earum rerum alienatio, quæ ſibi accreſcunt ex fructibus, quaſi in ipſo uſufructu alienando nihil juris habeat. Itaque cum patre alienante, volunt ſtatim cum proprietate conſolidari. Sed quam facillime reſpondetur ex eo, quod Juſtinianus ibi neutiquam loquitur de alienatione, ſed de diſpoſitione per teſtamentum, & transmiſſione ad heredes: quæ certe locum non habent, niſi in augmentis fructuum, quæ pater plene ſibi acquirit, ut dominus; non item in uſufructu ipſo, qui non alienatur, niſi quoad ipſe alienans vixerit, DD. in *d. l. arboribus*, §. *uſusfructuarius*. Hæc ergo ratio eſt, cur in cit. textu Imperator ſolum de accretione uſusfructus, non item de uſufructu ipſo loquatur: nec propterea innuit a patre uſumfructum alienari non poſſe, ut conſideranti facile patet.

Illud non negamus Pinello, patrem uſumfructum alienante non transferre in alterum qualitatem legitimi admininiſtratoris, quæ perſonalis eſt, & alteri a patre non tribuitur, argumento ex *l. quia tale ff. ſol. matrim.* & ex *l. per procuratorem ff. de acqu. hered.*

Tandem pater juxta nonnullorum opinionem, alienare poteſt adventitia filii in eum, a quo in filium eadem pervenerunt, quaſi facilis regreſſus ſit. Idque perſuadere I. nituntur ex eo, quod Paulus Caſtrenſis conſuluit, ſtatutum exigens auctoritatem conſanguineorum ad contractum mulieris, ceſſare cum mulier donat rem ei, qui ſibi prius donaverat, ut refert Jaſon in *l. cum filiofamilias n.168. ff. de legat. 1. II.* quia non cenſetur damnum pati, qui amittit lucrum jam quæſitum, ſi revertatur ad eum, a quo pervenerat, Gloſſa in *l. ea, v. quæ converſa ff. de donat. inter virum*, & in *l. ſi ita ſtipulatio ff. de verb. oblig.* ubi etiam Bartolus, & alii.

Hæc tamen falſa ſunt. Veriuſque puto cum Pinello hic *num.58.* patri neque donare, neque alio modo diſtrahere licere res filii in eum, a quo ſemel pervenerunt. Idque patet ratione, quia ubi a filio dominium rei ſibi donatæ quæſitum eſt, jam ejus patrimonium factum dicitur, ſubitque naturam ceterarum rerum, quæ ipſius ſunt, uti patet ex *l.1.* §. *ult. ff. de reb. eorum*, ubi cum dixerit Ulpianus non valere pignus, cui minor ſubjecit prædia a ſe emta, quoad pretium ſolveretur; hanc reddit rationem: *Nam ubi dominium quæſitum eſt minori, cœpit non poſſe obligari:* hoc eſt, ſubit naturam, quam cetera minoris bona habent. Sic prorſus in ſpecie noſtra, res a filiofamilias per donationem, aut aliam cauſam quæſitæ, non ſunt in diſpari ratione cum aliis ipſius adventitiis bonis: quocirca, ut hæc a patre nequeunt alienari, ita nec illa.

Patet etiam ex *l. ſi ad reſolvendum C. de prædiis minorum*; nam pater donaverat filio minori emancipato prædium, & filius ante traditionem cautionem patri eidem remiſit citra Judicis auctoritatem. Dictum eſt contra Senatuſconſultum feciſſe filium, nec remiſſionem ullius juris eſſe. Itaque aperte deciditur, falſum eſſe, res facile, hoc eſt, ſine juris ſolemnitate, regredi poſſe in eum, a quo ſemel perveniſſe dicuntur.

Rectius ergo contra Paulum de Caſtro ſenſit Tiraquellus *de jure connub. gl.5. n.56.* nempe ſolemnitatem legis, aut ſtatuti in rebus a minori, vel muliere alienandis, omnino adhiberi oportere, etiam cum alienatio fit in eum, a quo primum res profecta eſt. Nec

Digitized by Google

Nec verum eſt, hoc caſu damnum non pati, cum revera patrimonium diminuatur, ut accidit in omni alienatione: & ſane omnis patrimonii diminutio damnum eſt, ut patet tum ex *d. l.* 1. §. *ult. ff. de reb. eorum*, cum ex iis, quæ ſupra diſputavimus de eo, qui legatum, aut hereditatem ſibi relictam repudiat.

Ad *Authent. Niſi tricennale*.

QUamvis Conſtantinus in lege præcedenti generatim dixerit, nulla præſcriptione aut uſucapione filios poſſe repelli a rebus ſuis vindicandis, quas pater legitimus adminiſtrator contra formam juris diſtraxerit; tamen Irnerio, quem vulgo DD. ſequuntur, viſum eſt id capi ſolum oportere de præſcriptione ordinaria, quæ eſt triennalis in rebus mobilibus, decennalis vel etiam vicennalis in rebus ſoli; hæc enim filiofamilias agenti ex vindicatione non obſtat; obſtare vero docuit præſcriptionem longiſſimi temporis, ſeu annorum triginta, ductus ex §. *ſed quod ſancitum*, *auth. de nuptiis*, vel, ut habet Haloander, *de his qui nuptias iterant*, ubi habentur, a conjuge largita, mulierem, aut virum ſuperſtitem non poſſe alienare, cum ad ſecundas tranſeunt nuptias, filiis ex primo matrimonio exiſtentibus. Quod ſi ſecus fecerit, filiis his, heredibusve, vindicandi poteſtas tribuitur, niſi ipſis tricennalis obſtet præſcriptio, quæ tamen præſcriptio currit, cum duo ſimul concurrunt, hoc eſt filii ſuæ ſunt poteſtatis, & impuberem ætatem exceſſere. Id ergo Irnerius ex paritate rationis, non modo in lucris nuptialibus locum habere voluit, ſed in omnibus etiam adventitiis, quorum legitimus adminiſtrator ſit pater; propterea hic poſt legem 1. inſeruit *auth. niſi tricennale*, quæ deſumta omnino eſt ex *d.* §. *ſed quod ſancitum*. Ratio autem, cur hic longiſſimi temporis præſcriptio exigatur, nec ordinaria ſit ſatis, eſt, quia obviam erat eundum fraudi patris alienantis bona filii, faciendo ne ita cito ab emtore, vel donatario, uſucaperentur: qua ſimul re proſperum eſt filiis, quorum cauſa digna eſt favore, ut qui ſub poteſtate patris manentes, ſua bona ignorant, patre omnia poſſidente, & adminiſtrante, nec ad rationem reddendam obligato, ut in *l. fin.* §. *ſin autem C. de bonis quæ liberis*.

Producitur ut exigatur longiſſimi temporis præſcriptio, etiamſi is, in quem pater alienavit, bona fide rem poſſideat, & juſto titulo juſtoque facti errore juvetur, ignorando ſcilicet rem eſſe filii. Licet enim hoc caſu ordinariam præſcriptionem filiis obſtare crediderint Cynus, Albericus, & Paulus hic; tamen veritas eſt hic quoque ſupradictam regulam tuendam eſſe, ut longiſſimi temporis præſcriptio exigatur, ut docent Fulgoſ. & Corneus hic; nam ſi regula noſtri textus eſſet reſtringenda ad eum ſolum emtorem, qui rem eſſe filii ſciat, & ignoret jus, non factum, utique textus coarctaretur ad caſum, qui nunquam fere contingeret, præſertim quia filius probare deberet, emtorem non ignoraſſe rem eſſe alienam, juxta textum in §. *verus ff. de probationibus*.

Id probatur ulterius ex *auth. malæ fidei C. de longi temporis præſcriptionibus*, ubi mala fides venditoris nocet emtori bonæ fidei, ne præſcribat longo tempore, ſed omnino tempore longiſſimo indigeat, Paulus, ibi Alciatus, & alii Gomez ad *ll. Tauri* 40. *n.* 90. Corneus *conſ.* 38. *num.* 10. *lib.* 1. Ita ergo mala fides patris alienantis (nam ſemper talem eſſe patrem, ambigendum non eſt) omni caſu nocere debet emtori, etiamſi juſtum titulum habeat, & in bona fide ſit, ignorando rem eſſe filii, & patris vendentis eſſe credat.

Unde patet qua ratione intelligendus ſit textus in *l. fieri* §. *ſed quia C. communia de legatis*, ubi ordinaria præſcriptio nihil obſtat legatariis, aut fideicommiſſariis, quibus heres reſtituere juſſus eſt; ſcilicet, ut locum habeat, quamvis emens ab herede bonæ fidei ſit, & juſto facti errore ductus: adhuc enim lex legatarium aut fideicommiſſarium tuetur.

Semper ergo contra filium, patre alienante, longiſſimi temporis præſcriptio exigitur, quæ tamen non indiſtincte incipit currere, ſed ab eo tempore, quo filiusfamilias in ſuam venit tutelam; quia non valenti agere nulla currit præſcriptio, *l.* 1. *ad fin. C. de annali except.* Quæ regula ita demum capi oportet, cum impedimentum eſt a jure negante alteri jus agendi, ut in ſpecie noſtra; nam ſi impedimentum ſit facti etiam a juſtiſſima cauſa præcedens, utique præſcriptio non retardatur, niſi forte in impoſſibili verſemur, quo caſu datur reſtitutio, ut in *l. & Attilici-*

Digitized by Google

licinus ff. de ſervit. ruſtic. prædiorum, ubi iis qui aquam ex fonte alieno non duxerunt, quod fons exaruiſſet, aqua demum ad venam rediente, ſuccurritur, Boerius *deciſ.* 40. *num.* 4. Afflictus *de jure protomiſeos* §.2. *num.* 22.

Verum difficultate non caret, utrum filius, cum adhuc eſt ſub patris poteſtate, poſſit contra alienationem paternam agere? Nam Bartolus in *l. ſi conſtante*, *num* 63. *ff. ſol. matrim.*, ait filio ſub poteſtate denegari jus revocandi alienationem adventitiorum a patre factam, quod præter alios ſequitur Bellonius *conſ.*24. *num.* 5. Quod probant ex *l.* 1. §. *fin. C. de annali except.* ubi filius ſub manu paterna exiſtens actionem movere non poſſe dicitur, ut etiam habetur in *d.* §. *ſed quod ſancitum*, *auth. de nuptiis*, unde noſtra authentica deſumta eſt.

Probant etiam ratione, quia filius ſub poteſtate regulariter agere non poteſt ſine patris ipſius conſenſu, cujus eſt adminiſtratio, & jus agendi in adventitiis, ut ſupra diximus ex noſtra *l.* 1. & *l. cum oportet* C. *de bonis quæ liberis*; attenta maxime verecundia, quam filius ſub poteſtate patri debet; unde in *l.* 8. *in fine ff. de alim. legat.* dicitur, *quod neceſſitas verecundiam adſtringit*.

Ex quibus ſatis apparet, contrariam Baldi opinionem in *l. fin.*§. *in computatione n.*7. C. *de jure delib.* recipiendam non eſſe, dum docet filium audiri deberi, & patrem compelli debere, ut filio volenti agere conſentiat, quamvis pater ipſe promiſerit, ſe nunquam venturum contra alienationem. Quæ opinio falſa eſt, præſertim quia lex in tantum filio ſub poteſtate ait præſcriptionem non currere, in quantum eidem jus agendi deneget, ut patet ex dictis, quidquid in contrarium pro Baldo contra nitatur Pinellus hic, *n.*45. contra apertam diſpoſitionem *d.l.* 1. §. *fin. C. de annali exceptione*, & *d.* §. *ſed quod ſancitum*.

Pro majori dilucidatione noſtræ authenticæ quæri ſolet, an poſt completam longiſſimi temporis præſcriptionem reſtitui poſſit is, qui ex cauſa juſtæ ignorantiæ adverſus præſcribentem non egit? Quam difficultatem reſolvit Bartolus in *l.* 1. §. *ſi quis propter ff. de itinere actuque privato*, qui per eum textum docet, ex cauſa juſtæ ignorantiæ omnibus dari reſtitutionem contra eam præſcriptionem, quæ triginta annorum eſt; nam in eo textu Prætor, ſi qua ipſi juſta cauſa eſſe videbitur, concedit in integrum reſtitutionem ei, qui itinere actuque privato uſus non eſt, quæ autem juſtior cauſa, quam ſi quis juſtam ignorantiam habuit, quo minus agat, & jure ſuo utatur? Adde ex Gloſſa in *l. ſi partem*, *v. non utendo ff. quemadmodum ſervitus amittatur*, ubi notat in eo textu æquiparari cauſam juſtæ ignorantiæ cauſæ juſtiſſimi impedimenti, hoc eſt ejus, de quo jam monuimus ex *d. l. Attilicinus*. Sequitur Afflictus *dec.*329. *num.*6. Covarr. in *cap. poſſeſſor*, *part.*3. §. 3. *col.* 2. Romanus *conſ.* 149. *in fine*. Late Boerius *dec.*39. Soccinus in *l. cum filius* § *in hac ff. de verb. obligat.* etſi nonnulli hoc caſu nullam contra ignorantem reſtitutionem dari dicant, cum Baldo in *l.* 1. *n.*24. *C. qui admitti*, & Aretinus *conſ.*104.

Hæc volumus dixiſſe pro explanatione noſtri tituli: nam quæ in reliquis deinceps legibus traduntur, ſatis a nobis, prout occaſio tulit, explicata ſunt. Illud tantummodo advertendum, in *lege* 3. ſingularem caſum proponi contra receptas juris regulas, ut filius etiam emancipatus patri acquirat, aut nepos avo: ut ſi uxor decedat marito ſuperſtite, liberis jam a patre, vel avo emancipatis, viva uxore: tum patri, vel avo pro virili portio uſusfructus acquiritur, quaſi unus ex ipſis ſit, niſi quod nihil in proprietate adipiſcitur. Ratio ſpecialis hujus diſpoſitionis eſt, in ſolatium amiſſæ uxoris, & ne omnino priventur his bonis, quæ nuper tanquam dominus poſſidebat, ut colligitur ex illis verbis *d. l.* 3. *Quoniam omni commodo deſtituitur*. Falſi enim ſunt, qui putant eſſe ob beneficium emancipationis, quod a patre receperunt; nam in §. *quod ſi nepotes*, id extenditur ad nepotes ex filio jam emancipato natos, & qui nunquam fuerunt ſub poteſtate avi: quod mirabilius, extenditur ad nepotes ex filia, qui nec fuerunt, nec extitiſſe poterant ſub poteſtate avi, in cujus familia fuere. Quibus caſibus parens admittitur una cum liberis, in quos nullum beneficium contulit. Cetera per ſe clara ſunt, nec noſtra indigent oratione, præſertim, cum ob temporis anguſtias noſtro labori jam tandem ſtatuendus ſit finis, ad Dei Optimi Maximi honorem, & gloriam.

DO-

Digitized by Google

DOMINICI AULISII JC. CLARISSIMI

De officio ejus, cui mandata eſt juriſdictio.

Ad lib.I. Pandectarum Tit.XXI. & ad lib.II. Tit.I. de juriſdictione

HOs titulos conjungimus ; non ſolum ob materiæ cognationem, ſed eo præſertim , quia ordo doctrinæ exigit , ut ordinem, quem illis Tribonianus dedit invertamus, præpoſterum enim eſt, ut de mandata juriſdictione agatur, antequam de juriſdictione ſermo inſtitutus ſit ; quippe prius illud intelligi non poteſt , niſi poſterius hoc antea ſit explanatum ; cum e contrario ex hoc ad illud facilis tranſitus ſit . Nil ergo mirum , ſi nos ante omnia de juriſdictione dicere aggredimur, deinde de mandata juriſdictione acturi.

De juriſdictione, & ordinariis Judiciis.

QUÆSTIO I.

JUriſdictionis nomen dupliciter in noſtro jure ſolet accipi, Bellonus *de mandata juriſdict. cap. 2. qu.3. n.53.*

I. Quidem generatim pro omni auctoritate , & poteſtate Magiſtratus , & præſertim Prætoris, quæ in tribus conſiſtit , juriſdictione in ſpecie accepta , mero , & miſto imperio ; nam publici judicii exercitationem Papinianus juriſdictionem appellat , *l. 1. in princ. ff. de officio ejus*, & de capite civis jus dici , ſcribit Pomponius in *l. 2. §. & quia ff. de orig. juris* . Idem conſtat ex *princ. tit. de pace conſtantiæ*, ibi : *In juriſdictionem tam in cauſis criminalibus , quam in cauſis pecuniariis*. Et tamen publica judicia ad merum, & miſtum imperium pertinent ex poteſtate gladii, *l. imperium ff. de juriſdict.* Ita etiam quæ miſti imperii ſunt, juriſdictionis no-

nomine veniunt, ut jubere caveri prætoria ſtipulatione, *l. 1. ff. de damno infecto*, *l. ſtipulationem 5. ff. de verb. obl.* eo ſcilicet, quia cum miſto imperio inſit juriſdictio, recte id, quod miſti imperii eſt, cenſetur juriſdictionis eſſe: quippe in compoſitis inſunt ſimplicia. Eodem modo bonorum poſſeſſionem concedere, & in bonorum poſſeſſionem mittere, quæ miſti imperii ſunt, ad juriſdictionem refert Ulpianus in *l. 1. ff. de juriſdictione*. Ita etiam reſtitutio in integrum, *l. in cauſæ 17. §. ult. ff. de minoribus*.

Imo, quod nec imperii, nec juriſdictionis eſt, ut datio tutoris, ad juriſdictionem pertinere dicitur, *d. l. 1. in princ. ff. de off. ejus*; *§. ſed hoc jure, Inſtitutionib. de Attil. tutor.* Ita cauſæ extra ordinem ad juriſdictionem referuntur, ut fideicommiſſorum, *l. ſi res obligata ff. de legat. 1.* Item cauſa liberalis, *l. 1. C. ſi mancipium ita venierit*. E contrario, quod juriſdictionis eſt, imperii quandoque nomen ſortitur, ut ecce interlocutio, quod juriſdictionis eſt, imperio fieri dicitur, *l. quod juſſit ff. de re judic.* Et judicis datio, quæ pariter ad juriſdictionem pertinet, propter vim imperii fieri habetur in *l. cum prætor §. item hi ff. de judic.* Et duumviris, qui nonniſi juriſdictionem habent, faſces, quæ imperii ſunt inſigne, tribuuntur in *l. duumviris C. de decur. lib. 10.* Quæ notanda ſunt, non modo ad varias tricas, quæ in jure noſtro ex varia hujus vocabuli acceptione oriuntur, evitandas; ſed etiam ad recte intelligendam noſtram rubricam *de juriſdictione*, ut ex Pandectis Florentinis, vel *de juriſdictione omnium judicum*, ut in vulgaris libris concipitur, ubi hæc tria, juriſdictio, merum imperium, & miſtum (de his enim omnibus in ea agitur) uno vocabulo *juriſdictio* dicuntur.

Hæc tria, quæ diximus, ad cognoſcendam poteſtatem, & auctoritatem Magiſtratuum, & maxime Prætorum, in medium producta ſunt. Prætoris autem auctoritas duplex eſt, una in quæſtionibus, ſeu cauſis criminalibus, ad quas merum imperium pertinet: altera in cauſis civilibus, ſeu pecuniariis, & hæc vel eſt in dicendo jure, & eſt juriſdictio: vel in faciendo, cum dat, vel addicit, & eſt imperium miſtum. Quocirca tota in civilibus cauſis Prætoris auctoritas tribus his verbi. comprehenditur, *Do*, *Dico*, *Addico*, & dies, quibus hæc Prætori fari licebat, *Faſti*; quibus non licebat, *Nefaſti* ſunt, Varro 5. *de L.L. Ovidius 1. Faſtorum*:

Ille nefaſtus erit, per quem tria verba ſilentur.

Hæc licet a nullo hactenus animadverſa, magnam lucem nobis in ſequentibus afferunt. Unum interim monemus, ſermonem nobis eſſe de Prætore civili, non etiam de militari; diſtincta enim hæc munera erant, quamvis Prætores Juſtinianei in Piſidia, Lycaonia, Thracia, utrumque munus implerunt, *Novella 24. 25. & 26.*

II. Juriſdictio in ſpecie, ſeu ſtricte ſumta, ad verbum *Dico* tantum refertur, quo intellectu nos in præſenti accipimus. Et hæc ab Ulpiano in *l. 1. §. damus ff. de ſuſpect. tutorib.* dicitur, *Officium juris dicundi*; at ab eodem in *l. imperium ff. de juriſd.* dicitur, *judicis dandi licentia*. Ex quibus ita completa definitio concinnari poteſt, *jurisdictio eſt juris dicundi, & judicis dandi auctoritas*. Jus dicere eſt in judiciis ordinariis, ubi Prætor judicem dat; ſunt enim alia judicia extraordinaria, ubi ipſe Prætor judicat. Primo de primis dicemus.

De Judiciis ordinariis.

VErus ordo in judiciis ordinariis ita ſe habet. Ubi reus in jus vocatus, ſcilicet coram Prætore, ſtatuiſſet potius contendere, quam liti cedere, poſtulabat actor a Prætore judicium, ſcilicet Actorem, & Judicem, ſcilicet quia in ordinariis judiciis moris erat, ut Prætores non judicarent, ſed Judices darent, *l. 1. §. eum qui ff. de juriſd. l. cum Prætor*, *l. judicium ſolvitur ff. de judiciis*, *l. a D. Pio*, *in princ. ff. de re judic. l. 1. in princ. l. ult. ff. quis & a quo appelletur*. Unde frequenter in Edicto Prætor ait *Actionem dabo*, *l. 2. ff. quod cum eo*, *l. ait Prætor*, *in princ. ff. de juriſdict.* vel *Judicium dabo*, *l. 1. in princ. ff. de dolo*, *l. 3. in princ. ff. de negot. geſtis*. Prætor ergo judicium dando tria ſtatuebat, primo Judicem, exempli gratia, *L. Octavius Judex eſto*. II. jus, ſcilicet in actione in rem, hoc modo: *Si paret fundum Capenatem, quem Q. Catulus poſſidet, ex jure Quiritium P. Servilii eſſe, Q. Catulum condemnato*, Cic.

Digitized by Google

3. *in Verr.* at in actione in perſonam ita: *Si apparet eum dare, aut facere oportere*, §. *is quoque*, *Inſtitutionib. quibus modis re contr. oblig.*, §. *præterea*, *Inſtitutionib. de exceptionibus*. Unde ſtatutum eſt actorem non poſſe rem ſuam ita ab aliquo petere, *Si apparet eum dare oportere*, niſi is fur ſit, cujus odio formula actionis perſonalis ſubſtinetur etiam in actione reali, §. *ſic itaque*, *Inſtitutionib. de actionibus*. III. tandem Prætor præſcribebat formulam actionis, qua agi opus erat, ſcilicet *ſtricto jure*, vel ex *bona fide*, Cic. 3. *de officiis*. Ex his ſatis aperte apparet ſenſus ſuppoſitæ definitionis, cum dicitur juriſdictionem eſſe officium juris dicundi, & Judicis dandi licentiam. Late Sigonius *lib.* 1. *de judiciis*, Bellonus *loc. cit. cap.* 1. *qu.* 3.

Verum hic plura notanda ſunt. I. in definitione Judicis nomen late ſumi, ut comprehendat etiam arbitrum; nam datorum Judicum alii dicuntur arbitri, alii vero Judices ſimpliciter, §. 1. *Inſtitutionib. de actionibus*, *l. a D. Pio in princ. ff. de re judic.* Arbiter enim, cui Prætor dabat facultatem ſtatuendi, & æſtimandi ex bono & æquo, ut in judiciis bonæ fidei, & arbitrariis, v. g. *Si paret C. Sejum L. Sempronio fundum Tuſculanum vendidiſſe*, *quidquid ex bona fide præſtari oportebit*, *in id eum condemnato*. Ex quo arbiter liberam habet poteſtatem ſtatuendi, prout æquius melius, §. *in bonæ fidei*, *Inſtitutionib. de actionibus*. Hinc arbiter pro ſocio, *l. pro ſocio* 38. *ff. pro ſocio*: arbiter familiæ erciſcundæ, *l. fundus* §. *arbiter ff. fam. erciſc.* arbiter de dote, *l. omnino ff. de impenſis in rebus dotalibus*. Ceterum hos arbitros dari a Prætore conſtat ex *l. ult. ff. de judic. l. cum fideicommiſſum ff. de confeſſis*, *l.* 2. *C. de ſentent. & interloc. l.* 2. *C. a quibus appellare non licet*, *l.* 1. *de pedaneis Judicib. l.* 1. *C. de ſententiis ex periculo recit.*

Judex e contrario formulæ fines ſibi a Prætore præſcriptæ egredi non poteſt, ut in judiciis ſtricti juris. Formula eſt hujuſmodi, *Si paret C. Sejum L. Sempronio centum dare oportere*, *eum condemnato*. Hinc fit primo, in bonis cauſis melius eſſe ad Judicem ire, quam ad arbitrum, Seneca 3. *de benef.* 7. II. judicium eſſe pecuniæ certæ, arbitrium incertæ, Cic. *pro Roſcio Comœdo*. III. in arbitriis non ſubeſſe periculum plus petitionis, ſicuti ſubeſt in judiciis, Budæ. in *l.* 2. *v. vindicias filia ff. de orig. juris*. Et quamvis hodie formularum conceptiones ſublatæ ſint, *l.* 1. *C. de formulis*, manet tamen antiquum inter actiones diſcrimen; nam plenior eſt Judicis poteſtas in actionibus bonæ fidei, quam in ſtricti juris judiciis, §. *in bonæ fidei*, *Inſtitutionib. de actionib. l. quia tantundem ff. de negot. geſt. l. Lucius ff. depoſiti*.

II. Judicem a Prætore dari in privatis tantum cauſis; quare Judex privatus dicitur, Gellius 14. *N. A.* 2. *Sueton. in Claudio*, *cap.* 14. nam in cauſis publicis judicabat ipſe Magiſtratus, qui publicam perſonam dicitur habere, *l.* 1. *in princ. ff. de officio ejus*. Et hoc ſane eſt præcipuum diſcrimen inter judicia publica, & privata, quæ inde nomen habent, quod privata judicantur a Judice, qui privatus eſt, & a Magiſtratu diſtinguitur, *l. in amiſſione* §. *ult. ff. de capite minutis*, *l. quidam ff. de re judic.* & in *tit. Inſtitution. de diviſ. ſtipulationum*; cum e contrario Magiſtratus, qui publicam perſonam gerit, nomen publicis judiciis dederit, de quibus infra.

Habet & alia nomina; nam dicitur quandoque Judex ſpecialis, *l. ult. ff. de off. Prætoris*, Judex datus, *l. Judex ff. de judiciis*, Judex delegatus, *l. a Judice C. de judiciis*. Item Judex pedaneus, quia non utebatur ſella curuli, ut Prætor; aliique Magiſtratus, ſed ſtans, & pedibus nitens pronunciabat, ex Cicerone *de claris Oratoribus*, ibi: *In comitium veniant*, *ad ſtantem Judicem dicant*, & habetur in *tit. C. de pedaneis Judicibus*: aliud omnino ſunt pedanei Senatores, qui pedibus ibant in ſententiam, Gellius 3. *N. A.* 18. Tandem appellatur recuperator, Theophilus in *tit. quib. ex cauſis manumittere non licet*.

III. Aliud eſſe jus dicere, aliud judicare; nam Prætor jus dicit, Judex pedaneus, cum litem dirimit, judicat, *l. qui dolo*, *in princ. ff. ad leg. Juliam de vi publ.* quæ duo jus dicere, & judicare, diverſa inter ſe eſſe patet ex *l. quidam conſulebant ff. de re judic. l. voluit*, *in fine ff. de interrog. actionib.* & in *rubr. C. ne quis in ſua cauſa judicet*, *vel jus dicat*, Paulus Manutius *de legibus Romanis*, *pag.* 105. *a ter.* Hinc Prætor juriſdictionem habet, Judex datus cognitionem, quippe ille de jure, hic de facto cognoſcit: utraque tamen, eſt juriſdictio, & cognitio communi nomine *Notio* vocatur, *l. notionem ff. de verbor. ſignif.* Hinc etiam aliud eſt in jus vocare,

Digitized by Google

re, aliud vocare in judicium, illud eſt ad Prætorem, hoc ad Recuperatorem, *l.* 3. §. *ſi quis ff. ne quis eum qui in jus vocatus eſt*; & aliud in jure fieri, & fieri in judicio, *l.* 1. §. 1. *ff. de poſtulando*, cum aliis notatis a Vultejo *diſcept.* 1.

IV. Dato per Prætorem Judice, litigatores ſibi invicem denunciaſſe de eundo, & comparendo coram Judice dato, his verbis, *In perendinum diem*, quæ res condictio, ſeu comperendinatio vocatur, §. *appellamus*, *Inſtitutionib. de actionibus*, ubi Theophilus, Aſconius in 3. *Verr.* Adveniente de die comparebat uterque coram Judice dato proponendo ſuam actionem actor, ſuam defenſionem reus, teſtato, ita, *Teſtes eſtote*; ideo dicitur litis conteſtatio, a qua judicium incipit, *l.* 1. *C. de litis conteſtatione*. Poſt eam fiebant ſcripturarum, & inſtrumentorum editiones, *l.* 1. §. *edendo ff. de edendo:* teſtes examinabantur, interponebantur plerumque ſtipulationes judiciales, *Inſtitutionib. de div. ſtipulationibus*. Tandem pronunciabat Judex. Quo facto expirabat ejus officium, ſcilicet, quia ſententiæ executio non ad eum, ſed ad Prætorem ipſum, qui dederat, pertinebat, *l. a D. Pio*, *in princ. ff. de re judic.* Quapropter Judex, ubi judicavit, functus dicitur officio ſuo, & Judex eſſe deſinit, *l. Judex poſteaquam ff. de re judic.* Late Bellonus *cap.* 1. *qu.* 3. Itaque quæſtiones emergentes in executione ſententiæ a Prætore cognoſcebantur, *d. l. a D. Pio* §. *ſi ſuper*: & ſi appellandum erat, Prætor ipſe appellabatur, argumento ex *l.* 1. *in princ. l. ult. ff. quis & a quo*, *l. Imperatores ff. de appellationibus*.

V. Judicem non ſemper dari a Prætore, ſed ab aliis etiam Magiſtratibus, ſecundum juriſdictionis ſuæ modum, *l. cum Prætor* §. 1. *ff. de judiciis*, *l. a D. Pio*, *in princ. ff. de re judic. l. ult. ff. quis & a quo appelletur*: ita quandoque datur a Conſulibus, *l.* 1. § *ſi quis ff. de appellationibus*, & a Præfecto Urbi, & Præfecto Prætorio, *l.* 1. *ff. quis & a quo appelletur*.

Non leve dubium eſt de datione Judicis, utrum miſti imperii ſit, an potius juriſdictionis?

Et quidem eam ad miſtum imperium referunt Alciatus 2. *paradoxon* 8. Cujacius 21. *obſ.* 30. Eguinarius in *l. imperium ff. de juriſd.* Turaminus 2. *ep.* 14. poſt alios Bellonus *cap.* 8. *q.* 8. *num.* 6. Quæ aſſertio ſuaderi videtur ex pluribus. I. quia Judicis datio potius ad verbum *Do*, quam ad verbum *Dico* pertinet, ut in illis edictorum verbis, *judicium dabo*: proinde non juriſdictionis, ſed miſti imperii eſt. II. quia in dando Judice vis imperii relucet; ineſt enim juſſio, cum Prætor dicat, *L. Octavius Judex eſto: condemnato*, *l. eum qui*, *l. jubere ff. de juriſdictione*. III. Tandem ex *l. cum Prætor* §. *item hi ff. de judiciis*, ubi Paulus de iis ſermonem habens, qui Judicem dare poſſunt: *Item ii*, inquit, *quibus id more conceſſum eſt propter vim imperii*, *ſicuti Præfectus Urbi*, *ceterique Romæ Magiſtratus*. Ubi *imperium* pro miſto imperio poſitum eſt, ut in *l. quod juſſit ff. de re judic.*

Verius tamen eſt, dationem Judicis ad juriſdictionem pertinere, ut poſt Gloſſam, & Bartolum in *l.* 1. *v. litigatorib. ff. de juriſd.* communis opinio docet. Sequitur Duarenus *de officio Proconſulis*, *cap.* 3. Goveanus 1. *de juriſd. num.* 7. Donellus 17. *comm.* 8. & 23. Fab. 4. *conject.* 4. Fachin. 9. *contr.* 96. & decidit aperte Ulpian. in *l. imperium ff. de juriſd.* illis verbis: *juriſdictio eſt etiam Judicis dandi licentia;* ſuper quo textu varie cavillantur Adverſarii, ob particulam *Et*, quæ vim relativam habet. At cui refertur? Mihi aperte videtur referri ad id, quod ipſum juriſdictionis verbum per ſe, & ſine alia explicatione demonſtrat, ideſt juris dicendi auctoritatem; ut ſenſus ſit, juriſdictio eſt non ſolum jus dicere, quod ex ipſa vi verbi conſtat, ſed etiam Judicis dandi licentia.

Ita in eadem *l. imperium* Ulpianus idem: *Miſtum imperium eſt*, *cui etiam juriſdictio ineſt*; quippe illud *Etiam* relationem habet ad id, quod per ſe ineſt in verbo Miſtum imperium.

Ea ſcilicet ratione, quia jus dicere, & Judicem dare, ad unam, eandemque rem omnino tendunt, & unico actu Prætor jus dicit, & Judicem dat, ut ex ſupradictis conſtat. Quare duæ ſunt juriſdictionis partes, jus dicere, & Judicem dare: illud tamen ineſt re ipſa, iſtud ex interpretatione. Fallitur ergo Sigonius 1. *de antiquo jure Civium Roman.* 20. qui non attendens illud, *Etiam*, ab Ulpiano poſitum, ſtatuit jus dicere eſſe Judicis dandi poteſtatem habere, atque ei formulam judicandi præſcribere: Fallitur ob eandem rationem Viglius, qui pro *Judicis dandi licentia*, legit *juriſdicundi licentia*, in

§. *præterea*, *num.* 7. *Inſtitutionib. quibus non eſt permiſſum facere teſtamentum*; ſi enim ita legamus, adverbium, *Etiam*, amplius in eo textu locum habere non poteſt.

Nec contraria obſtant. Nam Datio, & Juſſio pertinent quidem ad miſtum imperium, ſed non ſemper; tunc enim pertinent, cum in cognitionibus extraordinariis adhibentur, ut *bonorum poſſeſſionem dabo*, *l. un. ff. ut ex legibus*: *Caveri jubebo*, aut *ſatiſdari*, *l. Prætor ait*, *in princ.* & §. 1. *ff. de damno infecto*. Immo quandoque *Dandi* verbum, neque ad juriſdictionem, neque ad miſtum imperium pertinet, ut eſt in datione tutoris, *l. muto* §. *tutoris ff. de tutelis*. Et non omnis juſſio actus imperii eſt; nam & Judices dati poſſunt jubere caveri judiciali ſtipulatione, *l. ſtipulationum*, *in princ. ff. de verb. oblig.* & jubere rem reſtitui, & eam interdum manu militari auferre, *l. qui reſtituere ff. de reivind.* nec tamen ob id recte quis dixerit, eos habere miſtum imperium, cum nec juriſdictionem habeant; id enim faciunt propter vim notionis, non propter vim imperii, Bellonus *cap.* 8. *qu.* 23. *num.* 19.

In quantum ad textum in *d. l. cum Prætor* §. *item hi*, dicimus verba illa *propter vim imperii*, non accipi pro miſto imperio, ut vult Cujacius, nec pro mero, quod putat Turaminus *loc. cit.* ſed pro juriſdictione, ut in *l. quod juſſit ff. de re judic.*

Ceterum cum apud nos Præſes S. C. judicem cauſæ aſſignet, quem Commiſſarium dicimus, non facile Prætori Romano comparari poteſt; nam licet Judicem det, non tamen jus dicit; ut propterea Judex datus, pedaneus non ſit, ut qui tam juris, quam facti notionem habet, ut recte notat Joann. Verſtegen. in *diſſertat. de juriſdictione*, *num.* 24. quidquid repugnet Turam. 1. *ep.* 8. Formula dandi Judicem apud nos hæc eſt: *Magnificus U. J. D. D. NN. Regius Conſiliarius ſupplicata recognoſcat*, *partes audiat*, *provideat*, & *in S. C. referat*.

De extraordinariis judiciis.

QUÆSTIO II.

PRætor vel Judicem dabat, vel judicabat ipſe. Duarenus quidem 1. *diſp.* 53. Goveanus in *l. eum qui n.* 6. *ff. de juriſdict.* Cujacius in *l. veſtis ff. de verb. ſignif.* docent, Prætorem judicare non poſſe, nixi in *l.* 2. *C. de pedaneis judicib.* ibi: *Quod ipſi non poſſent cognoſcere*; id tamen Vultejo *diſcept.* 1. cum Gloſſa, accipiendum videtur de impedimento facti, veluti ob Reipublicæ occupationes, ob cauſarum multitudinem, ut ipſe textus in ſequentibus explicat. Sequitur Donellus 17. *comm.* 6. 7. & 21. Eguin. 1. *var.* 99. Eduardus pro Eguinario adv. Goveanum *lib.* 2. qui omnes volunt, id quidem Prætores non conſueviſſe, potuiſſe tamen, ex verbis Ciceronis ad *Q. Fratrem*: *Quid? Prætor ſolet ne judicare deberi?* Vide Fabrum *de variis ſolutionibus*, *cap.* 7. *num.* 48. & *ſeq.*

Verum diſtinguere oportet; nam ſi de ordinariis judiciis ſermo ſit, utique Prætor judicare non poteſt; aliter ſe ipſum Prætor Judicem dare poſſet, contra textum in *l. ult. ff. de officio Prætoris*, *l. Præſes ff. de officio Præſidis*, *l. Prætor ff. de tutor.* & *curat.* Hinc eſt, quod Claudius Cæſar apud Suetonium in *vita cap.* 15. negat quandam cauſam ſuæ cognitionis eſſe, ſed juris ordinarii. E contrario ſi judicia ſunt extra ordinem, ipſe Prætor, vel Magiſtratus, ſine formula judicat, quo caſu prohibentur a ſe cauſam rejicere in Judicem pedaneum, *d. l.* 2. *C. de pedan. judicib.* ſcilicet, niſi ex juſta cauſa id faciant, veluti ob Reipublicæ occupationes, ob cauſarum multitudinem, ut ibidem dicitur.

Et juxta hanc diſtinctionem explicandus eſt Ulpianus in *l. quidam conſulebant* §. 1. *ff. de re judic.* ibi: *Prætor*, *vel Conſul jus dixerit*, *ſententiamve protulerit*. Ubi & jus dicere, & judicare, Magiſtratui conceditur, nempe ut in ordinariis judiciis jus dicat, non judicet, in extraordinariis e contrario judicet, non jus dicat. Eodem modo explicandus eſt Cicero 3. *de legibus*, cum ait: *juris diſceptator*, *qui privata judicet*, *judicarive jubeat*, *Prætor eſto*: quibus verbis omnem Prætoris notionem in civilibus cauſis complexus eſt. Et ita demum explicandæ ſunt leges omnes, quæ de cognitione, vel ſententia Prætoris, aut alterius Magiſtratus loquuntur, *l. ſi Prætor*, *in princ.* & §. 1. *ff. de judiciis*, *l. voluit* §. *ult. ff. de inſt. act.* *l. judicatæ*, *in princ. ff. de exceptione rei judicatæ*, *l. ſi cui legatum ff. de conditionib.* & *demonſtr.*

Ceterum cauſæ, quæ ordinariæ ſint, quæve extra ordinem, in numerato ſunt. Non ne-

Digitized by Google

negamus tamen, interdum in arbitrio Magiſtratus eſſe, vel judicare, vel Judicem dare. Exemplum eſt in ſpecie *l. ſæpe* cum *ſeq. ff. de offic. Præſidis*, cum ſcilicet Princeps reſcribendo, remittit litigatorem ad Præſidem, his verbis, *Eum, qui provinciæ præeſt, adire potes*: non enim cenſetur Magiſtratui injecta neceſſitas judicandi, ſed potius in arbitrio ejus remiſſum, utrum judicet ipſe, an Judicem det, Bellonus *cap.* 1. *quæſt.* 2. *num.* 24.

Sed hic tria notanda. I. Prætorem, Præſidemve, ubi judicat, loco Judicis haberi: ob quam rem *Majores judices* appellantur in *l. non diſtinguemus* §. *de liberali ff. de arbitris*. Et ipſe Prætor *Maximus Judex* eſt in *l. ult. C. ubi cauſa ſtatus*. At ſimpliciter *Judex* vocatur in *l. in fideicommiſſi ff. de uſuris*. Proinde eo caſu neque jus dicit, neque dicere poteſt.

II. Cum Prætor de judiciis extra ordinem loquitur in Edicto, non dicere *Actionem dabo, judicium dabo*, ut in judiciis ordinariis, ſed *Animadvertam*, ut in *l.* 1. §. 1. *ff. de minoribus*, ibi: *Quod cum minore, quam* 25. *annis natu, geſtum eſſe dicetur, uti quæque res erit, ei cum cauſæ cognitione animadvertam*; & in *l. item apud Labeonem* §. *ait Prætor ff. de injur.* ibi: *Ne quid infamandi cauſa fiat. Si quis adverſus ea fecerit, prout quæque res erit, animadvertam*.

III. Hæc judicia appellari cognitiones extraordinarias in *tit. ff. de extraordinariis cognitionibus*: ideo additur *extraordinarias*, quia Judex datus in cauſis ordinariis etiam *Cognitionem* dicitur habere, ut videtur accipiendus textus in *l. notionem ff. de verb. ſignif.* Verum Salmaſius *de modo uſurarum*, *pag.* 111. *cum ſeq.* exiſtimat, Cognitionem per ſe nunquam dici, niſi de extraordinario judicio, *l.* 3. *ff. de crim. ſtell. l.* 2. *ff. de crim. expil. hereditatis*, ex Suet. in *Claudio*, *cap.* 15. ubi *cognitio* opponitur *juri ordinario*; & Calliſtratus ſuos libros ſimpliciter Cognitionum inſcripſit, ut patet ex inſcriptione *l.* 5. *ff. de extr. cogn.*

Enumerandæ modo hic ſunt eæ inter extraordinarias cognitiones, quæ præcipuæ, & nobiliores ſunt.

I. In fideicommiſſis, quorum perſecutiones ſunt extraordinariæ, *l. pecuniæ* 178. §. *perſecutionis ff. de verb. ſignif.* Horum cognitio Romæ Prætorum erat, qui ſpecialiter dicebantur *Prætores Fideicommiſſarii*, quos duos D. Claudius conſtituit, ſed unum Titus detraxit, *l.* 2. §. *deinde Cornelius ff. de orig. juris*. Hæc vera ſunt nonniſi de minoris ſummæ fideicommiſſis; majorum enim cognitionem ſibi vindicabant Conſules, ut monet Cujacius 21. *obſ.* 34. ex Quintiliano 3. *Inſtitut. cap.* 6. *Non debes*, inquit, *apud Prætorem petere fideicommiſſum, ſed apud Conſules: major enim prætoria juriſdictione ſumma eſt*. Et huc referenda ſunt verba textus in *l. cum quidam* §. 1. *ff. de juriſdictione*: *Quoties de quantitate ad juriſdictionem pertinente quæritur, ſemper quantum petatur, quærendum eſt, non quantum debeatur*. Quæ deſumta ſunt ex Ulpiano *lib.* 6. *fideicommiſſorum*. In Provinciis cognitio erat Præſidis, *l. ſi res obligata ff. de legat.* 1. ubi cum dicitur, fideicommiſſum præſtari per juriſdictionem Præſidis Provinciæ, id ideo factum eſt, quia quæ miſti imperii ſunt, juriſdictionis etiam ſunt, non quidem ſimplicis, ſed miſtæ, ut ſupra monuimus.

Fideicommiſſorum perſecutionem eſſe arbitrariam conſtat ex *l. in fideic. ff. de uſur.* ubi præterea Prætor Fideicommiſſarius ſimpliciter Judex dicitur. Ibi ergo Papinianus monet, in eo judicio duas intervenire ſententias, quarum prior ſtrictius Arbitrium dicitur ex §. *præterea quaſdam*, *Inſtitutionib. de actionib.* At a Papiniano ambæ indiſtinctæ vocantur ſententiæ. Primo Judex jubet fideicommiſſum reſtitui. Si heres abnuit, ſequitur condemnatio una cum pœnis, veluti ejus, quod intereſt, vel quanti in litem juratum fuerit, Accurſius in *d.* §. *præterea quaſdam*, *v. ex arbitris*.

II. In cauſis ſtatus, quibus Prætor *liberalis* præerat, *l.* 1. *C. ſi mancipium ita venierit*, *l.* 1. *C. cit. tit. l.* 2. *C. de pedaneis judicibus*, *l. non diſtinguemus* §. *de liberali ff. de arbitris*, ad diſtinctionem ſcilicet Arbitri, & Judicis pedanei. A cauſis ſtatus non multum abſunt cauſæ patriæ poteſtatis, quæ propterea & ipſæ extra ordinem cognoſcebantur, *l.* 1. §. 1. *ff. de reivind.* Hotomann. 7. *obſ.* 4. Donell. 17. *comm.* 22.

III. Judicium ſuſpecti tutoris extra ordinem Prætorum, & Præſidum eſt, *l.* 1. §. *damus ff. de ſuſpectis tutor.* §. 1. *Inſtitut. eod. l.* 1. §. *ſuſpecti ff. ad Turpil.* Prædia quoque minorum alienari nequeunt, niſi decreto Prætoris Conſtantiniani, *l. ult. C. de præ-*

Digitized by Google

prædiis minorum. Qui erat unus ex Prætoribus Urbis Cônſtantinopolitanæ, de quibus vide Cujacium 7. *obſ.* 23.

IV. Cognitio extra ordinem eſt de mercedibus Profeſſorum. Profeſſores ſunt, qui in liberalibus ſtudiis Juvenes inſtituunt; quæ ſtudia & animam alunt, & animæ medicina ſunt: ſapienter ſane ab Ægyptiis factum, cum in frontiſpicio Bibliothecæ inſcribebant, ἰατρεῖον ψυχῆς. Ex his motus Ulpianus, medicis, & nutricibus etiam extra ordinem pro mercedibus, & nutriciis jus dici debere ſtatuit, *l.* 1. *in princ.* & §. *medicorum*, & §. *ad nutricia ff. de extraord. cognitionib.* Hinc factum eſt, ut ſi cui alimenta in teſtamento, aut codicillis relicta ſint, nequeat alimentarius ita transfigere, ut contentus præſente ſit, niſi Prætoris, aut Præſidis auctoritate fiat, ex oratione D. Marci, de qua re late in *l.* 8. *ff. de tranſact.* & in *l. de alimentis C. cit. tit.* Factum quoque eſt, ut filiofamilias, qui viaticum ſuum mutuum dedit, cum ſtudiorum cauſa Romæ ageret, extraordinario judicio ſubveniatur, *l. cum filiusfamilias ff. de rebus creditis*.

Quod attinet ad juris Profeſſores, meminerimus olim, quicunque his ſtudiis operam erant navaturi, ſacramento ſe abſtrinxiſſe Profeſſori, ut milites ſacramento ſe obſtringebant Duci; quo in ſacramento honorarium ſponte Profeſſori offerebant: quod deinde ſi non præſtabant, perjurii quidem ipſi rei erant, vetitum tamen erat Profeſſori petere; eſt enim res ſanctiſſima civilis ſapientia, quæ pretio nummario non eſt æſtimanda, nec dehoneſtanda, ut verba ſunt Ulpiani in *d. l.* 1. §. *proinde*. Verum dein ab Antonino Pio ſtatutum eſt, juris ſtudioſos ſalaria petere poſſe, *l. Divus ff. cit. tit.*

Petebantur etiam mercedes coram Tribuno, Juvenalis: *Rara quidem merces, quæ cognitione Tribuni non egeat*.

V. Cauſæ de ventre inſpiciendo, cuſtodiendique partu, ad Prætorem pertinent, *l.* 1. *cum ſeqq. ff. de ventre inſpic.* Sunt & aliæ cauſæ, quarum cognitio extraordinaria eſt, de quibus videndum eſt in *d. tit. de extraordinariis cognitionibus*, ubi in *l.* 5. ad quatuor genera reducuntur, aut enim Magiſtratus de muneribus, & honoribus extra ordinem cognoſcebant, aut de re pecuniaria, aut de fama & exiſtimatione, aut denique de crimine capitali. Verum ex his duo tantum ad præſentem materiam pertinent, ubi de cauſis privatis agimus, de re pecuniaria, & de exiſtimatione; reliqua enim duo publicas cauſas reſpiciunt.

Ceterum hodie, quia mos ille vetus dandorum judicum abolitus eſt, *l.* 2. *C. de ped. judicib.* & omnis formularum conceptio ſublata, *l.* 1. *C. de formulis & impetrationib. action. ſublatis*; omnia proinde judicia, omneſque cognitiones factæ ſunt extraordinariæ, §. *ult. Inſtitutionib. de interdictis*, §. 1. *Inſtitutionib. de ſucceſſionib. ſublatis*.

De Miſto imperio.

QUÆSTIO III.

INterdum Prætor non modo non judicabat ipſe, verum nec jus dicebat ſimpliciter, ſed miſcendo juriſdictionem cum Imperio exequebatur. Nam Miſtum Imperium eſt, cui etiam juriſdictio ineſt, ut Ulpianus in *d. l. imperium* definit, ideſt, præter imperium, cohæret ei juriſdictio. Imperium principaliter conſiſtit in dando & addicendo, juriſdictio in decernendo quid juſtum ſit, quidve injuſtum. Et cum hæc copulantur, miſtum imperium eſt, ad quod referuntur duo ea verba, *Do*, & *Addico*. Minus principaliter ad miſtum imperium refertur juſſio, aut vetatio; nam aliquando Prætor alterutrum facit, ut *Vim fieri veto*, *l. un. ff. de glande legenda*; vel *Exhibeas*, *reſtituas*, *l.* 1. *ff. de libero homine exhib.* *l.* 1. *ff. quod vi aut clam*. Ita ad idem imperium refertur coercitio, & executio Edicti, de quibus mox patebit.

I. *Do*. Hinc ſucceſſoribus bonorum poſſeſſionem dare, miſti imperii eſt, ut expreſſe habetur in *d. l. imperium*. Prætor enim cum bonorum poſſeſſionem decernit, jus dicit: cum vero executioni demandat, imperio utitur. Harmenopolus tamen 1. *Prochiri* 4. *ſchol.* 1. dare bonorum poſſeſſionem juriſdictionis eſſe ſcribit, quem ſequuti ſunt Goveanus in *d. l. imperium, num.* 34. Longovallius ibidem *part.* 3. *cap.* 2. *num.* 7. Fab. 4. *conject.* 4. aliique, qui textum varie emendare conantur. Sed facile eſt hoc diſſidium tollere; Prætor enim petenti bonorum poſſeſſionem decernit, quod juriſdictionis eſt: præterea eidem poſſeſſionem bonorum tribuit, quod imperii eſt; illud enim in jure, hoc in facto

Digitized by Google

ctio & executione conſiſtit. Utriuſque rei complexus miſti imperii eſt. Prius illud tantum Harmenopolus reſpexit, tamen non ſatis recte. Quoniam ergo datio bonorum poſſeſſionis miſti imperii eſt, ideo dabat eam Prætor in Urbe, Præſes in Provincia. Vide Cujacium 3. *obſ.* 5. At ex Conſtitutione Conſtantini in *l. ult. C. qui admitti*, hodie poteſtas eſt cujuſcunque Judicis, etiam Duumvirum, qui ſunt in municipibus loco Conſulum, ut latius in *d. l. ult.* a nobis explicatum eſt.

II. *Addico*. Ita debitoris corpus olim ex lege Decemvirali adjudicatum, addictumque creditori fuit, ut vinciretur, & ſi plures creditores eſſent, inter eos ſecaretur, verba ſunt: *Tertiis nundinis partes ſecanto: ſi plus, minuſve ſecaverint, ſe fraude eſto*. Quam diri carminis legem mos publicus repudiavit, vinculorum pæna ſolum retenta, Quintil. 3. *Inſtit.* 8. Tertullianus in *Apologetico*, Anton. Auguſtinus ad *ll. XII. Tab. cap.* 38. late Salmaſ. *de modo uſurarum*, *pag.* 820. *& ſeqq.* Erat & Addictio in rebus, cum earum a Magiſtratu transferebatur dominium. Ita olim erat in ceſſione in jure, ubi Prætor bona cedentis addicebat ceſſionario, Boerius in *Topicis Ciceronis*. Ita hodie eſt, cum debitore pignus non reluente, creditor a Principe jus dominii impetrat, *l. ult.* §. *ſin autem tempore*, *C. de jure dominii impetrando*.

Hæc Addictio fit juſſu, ſeu imperio, proinde ad miſtum imperium pertinet. Aliud eſt in adjudicatione, quæ ſententia Judicis, ſeu Arbitri fit; nam id, quod in tribus judiciis familiæ erciſcundæ, communi dividundo, & finium regundorum, alicui adjudicatum eſt, ſtatim ejus fit, quod adjudicatum eſt, §. *ſi familiæ*, *cum ſequentib. Inſtitutionib. de officio Judicis*, non quidem ex vi ſententiæ Judicis, ſeu Arbitri, ſed ex poteſtate adjudicationis: quæ adjudicatio ex lege XII. Tabularum unus eſt ex modis ſex acquirendi jure Quiritium dominii, Ulpianus in *Inſtitut. tit.* 19. *de acquiſitione rerum*. Et quidem adjudicatio in judicio familiæ erciſcundæ, & communi dividundo, fit per arbitrum cum ſint bonæ fidei, §. *actionum*, *Inſtitutionib. de actionib. l. fundus* §. *arbiter ff. fam. erciſc.* At in judicio finium regundorum, quod ſtricti juris eſt, fit per Judicem, Gloſſ. in *d.* §. *actionum*, *v. communi dividundo*, ubi eam diſparitatis rationem reddit, quia in finibus regundis, pars agri mei poteſt alterius agri domino adjudicari, præſtita mihi æſtimatione: at in aliis duobus, non mea res, ſed communis adjudicatur, *d.* §. *ſi familiæ*, *cum ſeq.*

Non omnis ergo addictio miſti imperii eſt, ſed ea tantum quæ fit a Prætore, vel Principe, qui imperium habet, non etiam quæ fit a Judice, vel Arbitro, qui eo carent. Ita ſimiliter ſi jubet cavere Judex, non eſt miſti imperii; at eſt, ſi jubet Prætor, *l. jubere caveri ff. de juriſdictione*.

Tutoris datio miſti imperii eſſe videtur, cum referatur ad verbum, *Do*; contrarium tamen habet Ulpianus in *l. muto* §. *tutoris ff. de tutelis*, ubi ait: *Tutoris datio neque imperii eſt, neque juriſdictionis*. Cujus rei rationem reddit, quia tutoris datio non competit more majorum, ſeu jure Magiſtratus, ideſt non ſtatim ac quis juriſdictionem, aut miſtum imperium habet, habet quoque tutoris dandi poteſtatem; ſed iis tantum competit, quibus ſpecialiter, ſeu nominatim hoc dedit vel lex, vel Senatuſconſultum, vel Princeps, ut conſtat ex *tit. Inſtitution. de Atiliano tutore*. Exempli gratia ex conſtitutione D. Marci data eſt illi Prætori, qui ſpecialiter *Tutelaris* dictus eſt, *l.* 2. *C. quando mulier tutelæ officio*, Capitolinus in *Marco*. Ejuſdem conſtitutione data eſt juridico Alexandriæ, *l.* 2. *ff. de offic. jur. Alex.*

Hinc fit, tutoris dationem competere etiam iis, qui Magiſtratus non ſunt, ſi hoc eis ſpecialiter indultum ſit; nam competit Legato Proconſulis, *l.* 1. §. *legatus ff. de tutoribus*, qui privatus eſt, non Magiſtratus, ſeu, ut dicitur, Ordinarius, quia non eſt creatus in comitiis, & populi ſuffragiis moreque majorum, ut Magiſtratus populi Romani creari ſolent, Cujacius in *lib.* 1. *qq. Papiniani*, ad *l.* 1. *ff. de offic. ejus*, Petrus Faber in *l. nemo poteſt ff. de reg. juris*. Ita quoque deficiente Magiſtratu competit Decurionibus, *l. ubi abſunt ff. de tutor.*, *l. decreto ff. qui petere tutorem*: qui & ipſi Magiſtratus non ſunt, & a Magiſtratibus diſtinguuntur, ut in citatis juribus patet.

Fit etiam, ut tutoris datio mandari non poſſit, ſcilicet quia competit iis tantum, quibus nominatim conceſſa eſt, *l. nec mandante ff. de tutorib.*

Objicies I. ex Accurſio in *d. l. muto* §. *tutoris*, Tutores inviti extra ordinem captis pignoribus, aut multæ dictione tutelam injun-

junctam ſuſcipere compelluntur, *l. 1. ff. de admin. tutor.* quæ tutoris datio miſti imperii eſt. Verum nihil obſtat, quia poteſtas dandi tutoris a poteſtate tutoris cogendi diſtincta eſt: illa neque juriſdictionis, nec miſti imperii eſt, hæc ſecus, Willembachius 7. *diſp. th.* 29.

Objicies II. ex §. *ſed hoc jure*, *Inſtitutionib. de Attil. tutore*, ubi tutor a Prætore ſecundum ſuam juriſdictionem creatur: ergo tutoris datio juriſdictionis eſt. Sed neque id obſtat; non enim dicitur tutorem dari vi juriſdictionis, ſed hoc ſolum, Præfectum urbi, & Prætorem poſſe creare tutores; Prætorem tantum in urbe, ubi juriſdictionem habet, Præfectum non in una modo Urbe, ſed ubicumque juriſdictionem habet. Quod ideo dictum eſt, quia Præfecti Urbi juriſdictio non in Urbe tantum, ſed ad centeſimum miliarium extra urbem extenditur, *l. 1. §. initio ff. de offic. Præfecti urbi*. Præterea quod imperii miſti eſt, juriſdictionis etiam dici, ut etiam recenſendus eſt Ulpianus in *l. 1. ff. de offic. ejus*, & diximus ſupra *qu.* 1.

III. *Jubeo*. Ita eſt de Prætoriis ſtipulationibus, quibus Prætor jubet caveri, exempli gratia, de opere demoliendo, ſi apparuerit juſtam operis novi denunciationem fuiſſe, rem pupilli ſalvam fore, judicio ſiſti, & alia, de quibus in *l. 1. ff. de ſtipulationibus Prætoriis*. Non enim videntur ad miſtum imperium pertinere, quia neque verbum *Do*, neque *Addico* reſpiciunt; quare omnino juriſdictionis erunt. Aliud tamen ſtatuit Ulpianus in *l. jubere ff. de juriſdictione* illis verbis: *Juberi caveri Prætoria ſtipulatione, imperii magis eſt, quam juriſdictionis*; receptum enim eſt juſſionem Prætoris actum etiam imperii eſſe, *l. quod juſſit §. de re judic.* ibi: *Quod juſſit, vetuitve Prætor, contrario imperio tollere, & remittere poteſt*. Ergo cum Prætor caveri jubet, magis facit propter vim imperii, quam propter vim juriſdictionis; magis, inquam, comparative, non elective: quippe elucet vis juriſdictionis, ſed magis imperii, Coraſius, & Cujacius poſt Gloſſ. in *d. l. jubere*.

Etſi autem judex quoque caveri jubet ſtipulatione judiciali, *l. ſtipulationum 5. in princ. ff. de verb. oblig.* veluti ſi agam pigneratitia actione, judex caveri jubet, ne rei jus in aliquo læſeris, *l. creditor ff. de pigner. action.* Jubet etiam, heredem legatario cavere de perſequendo ſervo, qui in fuga ſit, & ſi nactus fuerit, reſtituturum, *l. . .* tamen id neque ad juriſdictionem, neque ad imperium pertinet, cum judex utroque careat, *l. ait Prætor, in princ. ff. de re judic.* Itaque non omnis juſſus eſt imperium, ſed is tantum, qui ſit ab eo, qui imperium habet. Ita Duarenus, & Goveanus in *d. l. jubere*.

Neque ſupradictis obſtat Pomponius in *d. l. ſtipulationum*, cum dicit, prætorias ſtipulationes, & ædilitias, a juriſdictione venire; nec Ulpiano in *l. 1. ff. de damn. infecto*, ubi jubere caveri de damno infecto juriſdictioni Prætoris tribuitur. Nam reſpondetur, quidquid eſt miſti imperii, dici poſſe juriſdictionis, quia cum miſto imperio inſit juriſdictio, *d. l. imperium*, recte id, quod miſti imperii eſt, cenſeri poteſt juriſdictionis eſſe, quippe in compoſitis inſunt ſimplicia, Bellonus *cap.* 8. *qu.* 23. *num.* 21. & nos ſupra *qu.* 1. *in princ.*

Eodem modo ſtatutum eſt, jubere poſſidere, vel rei ſervandæ cauſa, ſcilicet ob damnum infectum, vel cauſa ſervandæ dotis, vel legatorum ſervandorum cauſa, ſtatutum inquam eſt, imperii magis eſſe, quam juriſdictionis, *d. l. jubere*, *l. ea quæ ff. ad municipalem*.

IV. *Exequor edictum*. Ex hoc capite in integrum reſtitutio magis imperii eſt, quam juriſdictionis, *d. l. ea quæ*, ubi Magiſtratibus municipalibus, ideſt, Duumviris, non permittitur in integrum reſtituere, quia id magis imperii eſt, quam juriſdictionis, Duumviri autem ſine imperio ſunt, *l. nec Magiſtratibus ff. de injuriis*. Quæ in integrum reſtitutio executionem edicti reſpicit, quæ minoribus non ita a Prætore permiſſa eſt: *Dabo in integrum reſtitutionem*, *l. 1. §. fin. ff. quod falſo tutore*. Majoribus vero ita: *In integrum reſtituam*, *l. 1. §. 1. ff. ex quibus cauſis majores*.

Idque verum eſt inſpecto etiam jure novo Juſtiniani, qui non mutavit jus antiquum in alio, præterquam in eo, quod conſtituit, mandata generali juriſdictione, in integrum reſtitutionem transferri, quod olim non erat, *l. ult. verſ. ſive hoc C. ubi & apud quem*. Itaque recipi nequeunt Alciatus in *d. l. ſtipulationum 5. num.* 17. Longovallus in *d. l. imperium*, *num.* 126. *cum ſeqq.* Goveanus in *l. 1. num.* 20. *ff. de juriſd.* qui reſtitutionem in

in integrum eſſe ſimplicis juriſdictionis opinantur ex *l. 17. §. ult. ff. de minoribus*, ibi: *Et tam Præfectus Urbi, quam alii Magiſtratus pro juriſdictione ſua reſtituere in integrum poſſunt*. Nam ibi juriſdictionis nomen generatim acceptum eſt. Aliter reſpondet Accurſius ibi. Quod ſi objicias, reſtitutionem in integrum auxilium extraordinarium dici ex *l. in cauſa 17. in princ. ff. de minor. l. ſed cum ab herede ff. ad Trebell.* Ergo ad judicia extra ordinem pertinet, non ad miſtum imperium. Reſpondendum eſt, auxilium dici extraordinarium non reſpectu judicii, ſed quia novum beneficium eſt a Prætore impertitum, cum juris meri actio deeſt, *d. l.* 17. Eodem ſenſu quædam bonorum poſſeſſiones extraordinariæ dicuntur, & tamen omnes miſti imperii ſunt, *d. l. imperium*.

V. *Exequor ſententiam*; executio enim ſententiæ a Judice, vel ab Arbitro latæ, ad Prætorem pertinet, *l. a D. Pio, in princ. ff. de re judic.* ubi Gloſſa, Bartolus, & alii communiter, quia fit, vel multam indicendo, *l. ſacrilegi §. ult. ff. ad leg. Jul. pecul.* vel pignus capiendo, & diſtrahendo, *l. 1. & 2. C. de exec. rei judic.* vel retinendo corpus, Paulus 5. *ſent. 26.* Quæ omnia miſti imperii eſſe mox patebit. Idipſum docuit Duarenus *de juriſdict. cap.* 8. Cujacius 21. *obſ.* 30. Verum quamvis pignoris capionem multam, vincula, eſſe imperii miſti fateamur: hæc tamen omnia ab executione ſententiæ diſtincta ſunt, quæ nonniſi juriſdictionis eſt. Conſtat id ex *l. 1. §. 1. ff. ſi quis juriſdictioni non obtemperaverit*, ubi executio ſententiæ contra contumacem manu etiam militari facta dicitur ſupremum juriſdictionis.

De modica coercitione.

QUÆSTIO IV.

Coercitio duplex eſt, una gravior, quæ eſt meri imperii, *l. ſi quid erit ff. de offic. Proconſ.* altera modica, quæ ad imperium non merum pertinet, *l. ult. §. ult. ff. de offic. ejus*, ideſt ad miſtum imperium, ut eſt communis opinio, Duaren. 1. *diſp.* 53. Cujac. 21. *obſ.* 30. Fab. 4. *conject.* 4. contra Gloſſam in *d. l. imperium, v. miſtum*, & Sigonium 2. *de judiciis* 4. Hæc etiam ſimpliciter *coercitio* dicitur, *l. 2. §. exactis ff. de orig. juris*, *l. 2. ff. de in jus vocando*. Et eſt poteſtas plectendi eos, qui jus dicenti non obtemperant, *l. 1. §. propter caſum ff. de poſtul. l. contumacia in princ. ff. de re judic.* quæ ideo data eſt Magiſtratibus, quia ſine ea vana & eluſoria eſſet eorum juriſdictio, *l. ult. §. ult. ff. de officio ejus*.

Hujus plures partes ſunt, quæ *Prætoria remedia* dicuntur in *l. 1. ff. ex hoc ff. de ventre inſp.* & ſunt Multæ dictio, Pœnale judicium, Pignoris capio, Verbera, Vincula, a Poſſeſſione expulſio.

I. Ergo eſt Multa, ſeu indictio certæ pecuniæ ad coercendos contumaces, quæ indictio Magiſtratibus majoribus licita eſt, ut Prætori, *d. l. 1. §. ex hoc*, & Præſidi, *l. aliud §. ult. de verb. ſignif. l. illicitas §. ult. ff. de offic. Præſidis*. Olim apud Romanos multa ſuprema indicebatur in ovibus, aut bubus: ſed cum hæc non omnia unius eſſent pretii, ideo ad æqualem multæ punitionem pro ove indictus eſt decuſſis, pro bove centuſſis, quod L. Ateriæ tribuit Gellius 11. *N. A.* 1. Tarpejæ Feſtus, quæ tamen eadem lex eſt, varie appellata a duobus ejuſdem anni Conſulibus, a quibus lata eſt, P. Manutius *de legibus Romanis pag.* 90. Et hoc eſt, quod voluit Ulpianus in *d. l. aliud, in princ.* cùm multæ animadverſionum hodie eſſe pecuniariam ait, nempe quia olim in bubus, & ovibus indicebatur, ut explicat Briſſ. 1. *ſelectarum antiquitatum* 3.

II. Datio pœnalis judicii, quod datur contra eum, qui jus dicenti obtemperavit in eo, quod extremum in juriſdictione eſt. Exemplum eſto. Quidam judicio reivindicationis pro re mobili conventus, non eſt paſſus rem a ſe vindicari, id eſt in jus vocatus, non venit; quo caſu Prætor ad defendendam ſuam juriſdictionem, manu militari rem abducit, vel auferre a reo, ut etiam fit ſi condemnatus ſententiæ non paruit, *l. qui reſtituere ff. de reivind.* Si id reus paſſus eſt fieri, non datur contra eum pœnale judicium, quia licet fuerit inobediens in eo, quod reſpicit juriſdictionis initium, non reſiſtit tamen juſdicenti in eo, quod juriſdictionis extremum eſt, ut qui paſſus eſt rem duci, ſeu ferri: *Ceterum ſi & ſequentia recuſavit*, ideſt rem duci vel ferri repugnavit, *tunc obtemperaſſe videtur*, ut ſunt verba Ulpiani in *l. un. §. ff. ſi quis juſdicenti non obtemperaverit*. Quæ ſatis demonſtrant, hoc tantum caſu locum habere pœnale judicium, ſcili-

ſcilicet, cum quis & ſequentia recuſavit; nam adverbium *tunc* ex ſui natura reſtringit, & coarctat, *l. in ſubſtitutione, in fin. ff. de vulg. l. in iis §. ult. ff. de conditionib. & demonſtrationibus*, *l. Gallus in princ. ff. de lib. & poſth.* Et ita rectiſſime textum in *d.* §. 1. poſt Bulgarum explicat ibidem Zaſius, Cujac. in 1. & 2. *recitatione*, Alciat. 1. *parad.* 5. Duaren. 1. *diſp.* 50. Idipſum eſt, ſi non admittatur is, qui in poſſeſſionem miſſus eſt, ſive ex cauſa damni infecti, ſive ex alia, *l. dies cautioni §. ſi intra ff. de damno infecto, l. 1. in princ. ff. ne vis fiat ei, qui in poſſeſſionem miſſus eſt.*

Objicies ex hac interpretatione ſequi, eam tantum contumaciam coerceri, quæ reſpicit initium, vel medium, quod abſurdum eſt, *l. 2. ff. ſi quis in jus vocatus non ierit*. Qua ſola ratione moti Bartolus, Angelus, Alexander, & alii contra Bulgarum diſputarunt.

Facilis tamen reſponſio eſt, contumaciam omnem quandocunque admiſſam coerceri, ſed non ſemper eadem pœna; nam qui initio, vel medio juriſdictionis non paret, coercetur quidem, ſed aut multa, aut vinculis, aut pignoribus, *l. 1. §. cogenda ff. de ventre inſp. d. l. 2. §. 1. ff. ſi quis in jus vocatus*, *l. injuriarum §. ſi quis ff. de injur.* At pœnali judicio, quod proponitur in edicto, *Si quis jus dicenti non obtemperaverit*, non coercetur, niſi is, qui non fecit id, quod extremum in juriſdictione eſt, *d. l. un.* §. 1.

Hoc judicium eſt ex Prætore, *d. l. un. §. non tantum*, & conceditur actori non ad id, quod intereſt, ſeu impenſas, ſed quanti ea res eſt, id eſt, ad rei perſecutæ valorem, *d. l. un. §. ult.* Unde differt pœnale judicium a multa, quia hæc applicatur fiſco, *l. ult. C. de modo multarum*: pœnale judicium litigatori, Cujacius, & Duarenus *locis citat.* contra Gloſſam, Bartolum, alioſque, qui docuerunt ex eo edicto duplicem oriri actionem, unam fiſco, alteram litigatori. Ita ſi non admittatur is, qui in poſſeſſionem miſſus eſt, non coercetur contumax pignoris capione, aut multæ dictione, ſed actione in factum ex edicto Prætoris, quanti ea res eſt, *d. l. dies cautioni §. ſi intra*, *d. l. 1. in princ.*

Quæ diximus in reo, locum quoque habent in actore, ſi ſcilicet a reo coram eodem Judice reconventus, condemnatur ad aliquid reo præſtandum, ut in *l. cum Papinianus C. de ſententiis & interloc.* nam ſi jus dicenti non obtemperet in eo, quod extremum juriſdictionis, coercetur & ipſe pœnali judicio, *d. l. un. §. non ſolum*.

III. Pignoris capio ex Prætoris edicto deſcendit; quippe duplex hujus cauſa eſt; vel enim capitur ob contumaciam, vel ob executionem rei judicatæ, *l. 2. C. qui potiores in pignore*. Ob contumaciam eſt, quoties actor mittitur in poſſeſſionem, vel rei unius, vel rerum omnium ejus, qui jus dicenti non obtemperat, quo caſu pignus prætorium contrahi dicitur, *l. 3. §. 1. ff. de reb. eorum, l. 2. in princ. ff. pro herede, l. ſi poſtquam C. ut in poſſeſſ. legatorum*. Ob executionem rei judicatæ: quippe executio ſententiæ plerumque fit per pignorum capionem, & diſtractionem, *l. 1. & 2. C. de executione rei judicatæ*, *l. a D. Pio §. in venditione ff. de re judic. l. ſi pignora ff. de evictionib.* Pignoris capio eſt imperii, *d. l. ſacrilegi §. ult.* Quod verum eſt, ſi fiat a majore Magiſtratu, qui imperium habet, non etiam ſi a minore, puta municipali, qui imperio caret, ut diſtinxit Alexander in *l. dies cautioni §. ſi intra ff. de damno infecto*, Jaſon in *l. jubere ff. de juriſd.*

IV. A poſſeſſione expulſio, & in poſſeſſionem miſſio. Hæc diſtant in eo, quod in poſſeſſionem miſſio, quæ fit ex primo decreto, non tribuit poſſeſſionem, ſed tantummodo cuſtodiam, poſſeſſione apud reum manente, ut contra Q. Mutium docet Paulus in *l. 3. §. ult. ff. de acqu. poſſeſſ.* At a poſſeſſione expulſio fit poſt ſecundum decretum, vel ex alia juſta cauſa; cum vera actori tribuitur poſſeſſio, quæ aufertur a reo, qui alioquin prætoria poteſtate, vel etiam militari, cogitur a poſſeſſione decedere, *l. ſi quis miſſus in princ. ff. ne vis fiat ei, l. 1. §. coget ff ſi ventris nomine*.

V. Vincula; poteſt enim Prætor contumaces coercere, jubendo in vincula duci, *l. 2. ff. de in jus voc. l. injuriarum, §. ſi quis ff. de injuriis*. Et licet hæc coercitio meri imperii ſit, ſi fiat ex cauſa criminali, ſive in pœnam, ſive ad cuſtodiam, quoad de crimine cognoſcatur; tamen cum in contumacem irrogatur ex cauſa civili, mixti imperii eſt: nam qui corpus retinet, imperio utitur, *d. l. ſacrilegi §. ult. ff. ad leg. Jul. pecul.* Longovallius in *l. 1. imperium n. 116. & 169.* Eguin. in *l. ult. ff. de offic. ejus*, Cujac. in *l. 1. ff. cit. tit.* Govean. *lib. 1. de juriſd. num.* 33. Qui carcere clauſus eſt, is

non

Digitized by Google

non videtur neque vinctus, neque in vinculis eſſe, niſi corpori ejus vincula ſint adhibita, *l. verum eſt ff. de verb. ſignif.*

VI. Verbera; hæc ſi gravia ſunt, ad merum imperium pertinent: ſi levia, diſtinguendum eſt, ut ſint miſti imperii, ſi contumacibus infligantur ex cauſa civili, §. *ſi vero ignoti, auth. de teſtib.* ſi ex cauſa criminali, ſint imperii meri, Bartolus in *d. l. imperium num.*11. & ibi Alexander *num.*27. Salomonius in *l.* 1. *in princ. num.*15. *ff. de officio ejus*.

Utrum modica coercitio Magiſtratibus municipalibus competat.

QUÆSTIO V.

VAria Magiſtratuum genera ſunt. Alii enim ſunt majores, qui imperium, ſive poteſtatem habent, *l.* 2. *ff. de in jus vocando, l. nec Magiſtratibus ff. de injuriis*, ubi nomine poteſtatis venit imperium merum ex *l. imperium ff. de juriſdictione*: propterea nomine imperii intelligitur miſtum; tum quia alioqui fruſtra in *d. l. nec Magiſtratibus* disjunctive diceretur, *ſine imperio, aut ſine poteſtate*; tum etiam quia in *d. l.* 2. imperii exempla hæc adducerentur, & coercere, & jubere in carcerem duci, quæ ad miſtum imperium ſunt referenda, ut in *l. ſacrilegi* §. *ult. ff. ad leg. Jul. pecul.* nam proprium meri imperii exemplum eſt jus gladii, *d. l. imperium*; tum tertio, quia Prætor urbanus major Magiſtratus eſt, & cum imperio, *d. l.*2. nec tamen in criminoſos animadvertere poteſt; quare ſi contingat, ut tutor ob factum atrocius in tutela admiſſum, gravius, quam ſuſpecti infamia, ſit puniendus, a Prætore, apud quem fuit accuſatus, remittitur ad Præfectum urbi, ut pro merito in eum animadvertat, *l.*1. §. *ſolent ff. de offic. Præfecti urbi*, *l.* 1. §. *ult. l.* 2. *ff. de ſuſpectis tutoribus*, *l. niſi C. de adminiſtr. tutor.* Excepta cognitione de domino a familia occiſo, quæ Senatusconſulto Silaniano fuit nominatim tributa Prætori urbano, *l.* 1. *in princ. verſ. etſi a familia ff. de offic. ejus.* Ita contra Alexandrum, & Veteres alios, imperium in majore Magiſtratu accipiunt Coraſius 3. *miſcell.*6. *num.* 1. Goveanus 1. *de juriſd. num.*1. Hotomannus in *lexico v. Magiſtratus*. Inter majores Magiſtratus alii habent imperium more, ſeu jure Magiſtratus, ut Urbani: alii lege, ut Provinciales.

Inter majores Magiſtratus, quidam ſunt ordinarii, ut Romæ Prætor, Conſul, Præfectus, in Provinciis Proconſul, Præſes: quidam extraordinarii, ut Dictator, Interrex, Cenſor, Manutius *de legibus Romanis pag.* 144. Vide Bell. *cap.*2. *qu.*1.

Minores Magiſtratus ſunt, qui ſine imperio, aut ſine poteſtate ſunt, *d. l nec Magiſtratibus*, ut Romæ Tribunus plebis, Ædilis curulus, Ædiles Plebeji. In eo genere ſunt Duumviri, ſeu Magiſtratus Municipales, qui non habent merum imperium, ut conſtat apud omnes in *d. l. nec Magiſtratibus*, Coraſius 3. *miſc.* 6. Nec obſtat, quod dicuntur habere faſcium poteſtatem, *l. Duumvirum*, *C. de decurionib. lib.*10. nam faſces pro ſimplici dignitate poſitæ ſunt, ut poſt Gloſſ. ibi recte notat Eguin. in *d. l. nec Magiſtratibus*; conſtat enim Magiſtratus municipales nec habuiſſe lictores, nec faſces, cum hæc ſint inſignia Magiſtratuum, *l. Proconſules ff. de off. Proconſulis*, Briſſ.3. *ſelect.* 14. In dubio tamen eſt, an modicam coercitionem habeant, quæ pars eſt imperii miſti.

His ita poſitis, quidam docent, Magiſtratus municipales, ſive minores, habere modicam coercitionem, Gloſſ. Bartol. & alii in *l. un. in princ. ff. ſi quis judicanti non obtemperaverit*, Cujacius *ibid.* & in *l.*1. *ff. de officio ejus*, & *lib.*1. *qq. Papin.* Unde orta eſt illa opinio, juriſdictionem ſimplicem non dari, ſed eam ſemper & ubique cum imperio eſſe conjunctam, Cujacius 4. *obſ.*15. & 21. *obſ.*30. Eguin. in *l. ult. ff. de officio ejus*.

Ceterum alii iiſdem Magiſtratibus modicam coercitionem negant, poſt alios Alciatus in *l. ſtipulationum, in princ. n.* 23. *ff. de verb.oblig.* Zaſius *ſingul. intellectuum cap.* 10. Anton. Auguſt. 3. *emend.*6. Bellonus *cap.* 8. *qu.*16. Nos hanc quæſtionem in plures propoſitiones diſtinguemus.

PROPOSITIO I.

MUlctæ dictionem Magiſtratus Municipales non habent more, ſed mandatis Principum. Id aperte docet Ulpianus in *l. aliud* §. *ult. ff. de verb. ſignif.* ibi: *Magi-*

Digitized by Google

giſtratus ſolos, & *Præſides Provinciarum*, *poſſe multam dicere mandatis permiſſum eſt*. Nam tria ſunt genera Magiſtratuum; quidam enim ſunt Urbani, quidam Provinciales, & quidam Municipales; illa vero verba, *Præſides Provinciarum*, ad Provinciales referuntur, quippe nomen Præſidis generale eſt, comprehendens omnes, qui Provinciam regunt, ut Proconſulem, Legatum Cæſaris, *l.* 1. *ff. de off. Præſidis*. At illa alia, *Magiſtratus ſolos*, nequeunt referri ad Magigratus urbanos, quidquid Bellonus dicat, quia hi multam dicunt more, ut Eguinarius, Goveanus, & Cujacius oſtendunt ex Gellio *lib.*11. *cap.*1. ubi ait: *Quando igitur nunc quoque Magiſtratibus Populi Romani more majorum multa dicitur;* tum etiam, quia mandata Principum non ad urbanos Magiſtratus, ſed ad municipales, vel provinciales dirigebantur, *l.* 3. *ff. de off. Proconſ. Auth. de mandatis Principum*.

Ideo autem dicit Ulpianus, *ſolos Magiſtratus;* quia qui in Magiſtratu non erant, nec etiam mandato Principis, multæ dictionem habebant, *l. defenſores C. de defenſoribus civitatum*, ubi Impp. de civitatum defenſoribus, qui erant in municipibus loco Tribunorum plebis, ajunt, *Nullas infligant multas*. Qui defenſores Magiſtratus non ſunt, ut aperte conſtat ex titulorum diverſitate in *tit. C. de defenſorib. Civit.* & *tit. C. de Magiſtratibus municipalibus*, ut recte contra veteres docent Duarenus in *l. Magiſtratibus ff. de juriſd.* Cujac. in *lib.*1. *Pauli ad edictum l. ea quæ ff. ad municipalem*, *d. l. defenſores* comprobatur noſtra propoſitio; nam ſi Magiſtratus municipalis, qui major eſt defenſore, non poſſet dicere multam; abſurde quæſitum eſſet, an multæ dictio defenſori competat, ut argumentatur Cujac. *l.* 1. *ff. de off. ejus*, & in *lib.*1. *qq. Papin.*

Excipiendum tamen videtur, ſi Defenſores nuncios ſuos delinquentes in officio coercere vellent; nam generatim Judicibus omnibus etiam delegatis conceſſum ab Imperatoribus eſt, ut nuncios non obſequentes mandatis, vel removere, vel etiam multis afficere, *l.* 2. *C. de ſportulis*. Qui textus tantum de nunciis, de quibus nominatim loquitur, accipiendus eſt, Coraſius in *d. l. Magiſtratibus num.* 7. Ceterum conſtat defenſores Judices eſſe, olim quidem de levioribus cauſis urbanæ, ruſticæque plebis, *l.* 1. & 3. *C. de defenſoribus Civitatum*; hodie de omnibus cauſis pecuniariis uſque ad aureos 300. §. & *judicare*, *auth. de defenſoribus Civitatum*.

Verum quia ex Juſtiniano in §. *audiens*, *auth. cit.* Defenſores leviora crimina cognoſcere poſſunt, & caſtigationi competenti tradere, propterea eis imperium videtur conceſſum, & multæ dictio.

Ex dictis intelligimus eundem Ulpian. in *l.* 2. §. *ult. ff. de judiciis*, cum ait: *His datur multæ dicendæ jus*, *quibus publice judicium eſt*, & *non aliis*, *niſi hoc ſpecialiter eis permiſſum ſit*. Nam cum dicit multæ irrogandæ jus competere omnibus, quibus publice judicium eſt, loquitur de Magiſtratibus urbanis, qui dicuntur publice judicium habere, hoc eſt auctoritate populi Romani; nam id publicum dicitur, quod Populi Romani eſt, *l. bona civitatis ff. de verb. ſignif.* Quo ſenſu publice coerceri crimen dicitur in *l. Lucius Titius* §. *ult. ff. de evictionib.* Cum vero addit, multæ dictionem habere etiam illos, quibus ea ſpecialiter permiſſa eſt, intelligit de Præſidibus, & Magiſtratibus municipalibus, ex *d. l. aliud* §. *ult.*

Duumviri ſuam juriſdictionem imperio tueri non poſſunt, quoniam eorum juriſdictio a lege municipali proficiſcitur, vel certe more municipii. Ita lege vel more habent, ut unius perſonæ vicem ſierant, *l. Magiſtratus ff. ad municip.* Et ex lege municipii obtinent poteſtatem, ut coram ipſis emancipentur filii, etiam ab exteris; *l.* 1. *C. de emancipationibus liberorum*. At municipium imperio caret, quod ſolius populi Romani eſt; quare ſoli Magiſtratus Romani dicuntur habere imperium, *l. nec Magiſtratibus ff. de injuriis*, *l. etſi Prætor ff. de offic. ejus*, *l. ſed etſi* §. *hæc clauſula ff. ex quibus cauſis major.* Ergo Duumvirum juriſdictio ſine imperio eſt.

Obſtat tamen, quia qui habet juriſdictionem, habet & ea, ſine quibus nulla & inutilis juriſdictio eſt, *l.* 2. *ff. de juriſd.* Sed ſine modica coercitione juriſdictio nulla & inutilis eſt, *l.ult.*§.*ult.ff. de officio ejus*. Debet ergo Magiſtratus municipalis habere modicam

cam coercitionem, & in conſequens miſtum imperium, quoniam modica coercitio miſti imperii eſt, *d. l. ult.* §. *ult.*

Quæ difficultas varie DD. exercuit. Eguin. in *d. l. un. ff. ſi quis jus dicenti non obtemperav.* putat, a Duumviris Præſidis auctoritatem eſſe implorandam; quæ reſponſio difficultatem non ſolvit: quippe hoc modo Duumvirum juriſdictio adhuc eſt ſine modica coercitione. Coraſius in *l. Magiſtratibus, num. 7. ff. de juriſdictione,* duplicem diſtinguit coercitionem, unam quæ ſit impeperium mixtum, juriſdictioni cohærens, ſed ab ea diſtinctum: alteram, quæ ſit pars juriſdictionis, & hanc in pignoris capione conſiſtere, quem Duumviri habent ex lege, ut teſtatur Ulp. in *l. quemadmodum* §. *Magiſtratus ff. ad leg. Aquil.* ideſt ex lege municipii, quæ pignoris capionem fecit partem juriſdictionis, non etiam partem imperii, quia municipium poteſt impertiri juriſdictionem, *l. Magiſtratus ff. ad municipalem*, *l.* 1. *C. de emancipatione liberorum*: at non poteſt tribuere imperium, quod ſolius Populi Romani eſt. Hac igitur coercitionem Duumviri ſuam juriſdictionem tuentur. Sequitur Bell. *cap.* 8. *qu.* 16. *num.* 68.

Progreſſu temporis fuerunt deinde Duumviris nonnulla conceſſa, quæ miſti imperii ſunt, vel edicto Prætoris, vel mandatis Principum.

PROPOSITIO II.

PŒnale Judicium Magiſtratibus municipalibus non competit, ut ſcribit Ulpianus in *l. un. in princ. ff. ſi quis jus dicenti non obtemperaverit*, his verbis: *Omnibus Magiſtratibus, non tamen Duumviris, ſecundum jus poteſtatis ſuæ conceſſum eſt, juriſdictionem ſuam defendere pœnali judicio*. Quibus verbis dationem pœnalis judicii Magiſtratibus Urbanis, & Provincialibus, ex Prætoris edicto conceſſam teſtatur, non item Magiſtratibus municipalibus. Quæ apertiſſima ſunt; quorum vim Adverſarii ut effugiant, pro eo, quod legitur *Non tamen Duumviris*, ut habent meliores libri, & Pandectæ Florentinæ, reponunt *Non tantum Duumviris*, cujus lectionis meminit Gloſſa ibidem. Quæ tamen lectio inepta eſt, ſignificaret enim minus eſſe dubitationis in Duumviris, quam in aliis Magiſtratibus; cum tamen e contrario certum ſit, minus ſubeſſe dubitationis in Magiſtratibus Populi Romani, & in Provincialibus, quam in Duumviris, quia illi plus juris, quam iſti, habent, ut notant Bart. Caſtr. Alex. & Jaſ. in *d. l. un.*

PROPOSITIO III.

MAgiſtratus municipales pignus capere poſſunt, Longovallius in *d. l. imperium, num.* 176. Cujacius in *l.* 1. *ff. de offic. ejus*. Et docet Ulpianus in *l. quemadmodum* §. *Magiſtratus ff. ad leg. Aquiliam*, ubi Duumviri dicuntur aliquando ex lege pignus capere; aliquando per errorem non ex lege; qui textus varie a Doctoribus exponitur: ſed certe recta explicatio deſumenda eſt ex eodem Ulpiano in *l. dies cautioni* §. *ſi intra ff. de damno infecto*, ubi Duumviris contra non caventem de damno infecto (nam jubere caveri hic ob periculoſam dilationem Duumviris Prætor permiſit, quamvis miſti imperii ſit, *l.* 1. *ff. cit. tit.*) licitum eſt mittere in poſſeſſionem ex primo decreto, quod pignus Prætorium eſt: at ſi idem miſſum non admittat, captis pignoribus a Duumviris coerceri non poteſt, ut nec a Prætore, nec a Præſide; ſed contra eum datur in factum actio. Illo ergo caſu Duumviri pignus capient ex lege, iſto non ex lege.

Itaque cum pignus ex lege capi a Magiſtratibus poteſt, utique a Duumviris recte etiam capietur, ſive ob contumaciam capitur, ſive in executionem rei judicatæ, *d.* §. *Magiſtratus*, *l.* 3. §. 1. *ff. de reb. eorum*, Longovall. *loc. cit.* Bellonus *cap.* 8. *qu.* 16. *n.* 68. qui id intelligit ex lege municipali, ex qua Duumviri juriſdictionem habent, Eguin. de lege contractus *lib.* 1. *variar. qq. pag.* 36.

PROPOSITIO IV.

MAgiſtratus municipales non habent prehenſionem, neque vinculis coercere poſſunt; nam qui tale jus habent, nequeunt ſine fraude in jus vocari, *l.* 2. *ff. de in jus vocando*, ubi Ulpianus ait: *in jus vocari non oporteat Magiſtratus, qui poſſunt jubere in carcerem duci*. Et hi erant Magiſtratus majores, *l. nec Magiſtratibus ff. de injuriis*, *l. ſed etſi* §. *hæc clauſula ff. ex quibus cauſis*

cauſis majores, *l. qui accuſare §. alii de accuſationibus*, *l. ſi reus ff. judicatum ſolvi*, Gellius *lib.* 13. *cap.* 13. Quod ideo factum eſt, quia ſi reus protinus & ſine mora actorem in jus vocantem non eſſet ſequutus, poteſt actor in eum manus injicere, & eum rapere, invitumque trahere in jus, obtorto collo, *l. ſi vero §. ult. ff. qui ſatiſdare cog. l. ſi quis inſtituatur*, §. *ult. ff. de hered. inſtit.* & ex *tit. ff. ne quis eum, qui in jus vocatus eſt vi eximat*. Plautus in *Penulo*:

Priuſquam obtorto collo ad Prætorem trahor.

At Magiſtratus minores, ut ſunt Duumviri, in jus poſſunt vocari, *d. l. nec Magiſtratibus*, etiamſi Quæſtor Populi Romani ſit, Gellius *loc. cit.* Unde fit, ut prehenſionem non habeat.

Excipimus tamen in ſervo, quem Duumviri ex juſta cauſa, veluti ob fugam, poſſunt in vincula conjicere: quod etiam liminarchis, & ſtationariis licet, *l. ſi quis uxori §. fugitivum ff. de furtis*, *l. liminarchæ ff. de ſervis fugitivis*. Imo deſenſores Civitatis in quoſcumque criminum reos hanc poteſtatem conjiciendi in vincula habent, dum non ſuo nomine, ſed Præſidis faciant, mox ad Præſidem tranſmiſſuri; ne dum Præſidis juſſus alibi commorantis expectatur, reus in tutum ſe recipiat, *l. deſenſores C. de deſenſ. Civit. auth. cit. tit.*

Hinc Magiſtratus, qui vocationem & prehenſionem habebant, ut Conſules, Prætores, Præfecti, Præſides, iidem habebant & & Accenſum, & Lictorem, illum ad vocationem, hunc ad prehenſionem. Qui vero non vocationem, ſed prehenſionem, ut Tribuni plebis, hi non habebant Accenſum, ſed Lictorem. Qui denique nec vocationem habebant, nec prehenſionem, ut Quæſtores, & Ædiles, utroque carebant. Vide Gellium *lib.* 13. *cap.* 12. *& ſeq.* Sigonium *de antiquo jure Provinc.* 15. Alciatum in *l. imperium*, *num.* 22. Cujac. 21. *obſ.* 30.

PROPOSITIO V.

DUumviri verberibus inobedientes coercere non poſſunt; poſſunt tamen ſervum, qui eis reſiſtat. Utrumque conſtat ex *l. quemadmodum §. Magiſtratus*, *in fine ff. ad legat. Aquilam*, ubi Magiſtratus municipales in reſiſtentem ſervum poſſunt quid violentius facere; quæ verba explicantur in *l. apud Labeonem*; §. *adjicitur ff. de injuriis*, ubi Magiſtratus municipalis ſervum, honorem ornamentaque petulanter attentantem, loris cædere, & rumpere poteſt. Pro ornamentis intelligit prætextam, qua utebantur, Livio teſte.

PROPOSITIO VI.

EXpulſio a poſſeſſione licita non eſt Magiſtratibus municipalibus, nec etiam in cauſa damni infecti, quia ex ea cauſa Prætor ſibi juriſdictionem reſervavit, *l. dies cautioni §. ſi forte ff. de damno infecto*.

COROLLARIA.

EX hactenus dictis plura colliguntur. I. Magiſtratus municipales habere non omnia, ſed aliqua, quæ miſti imperii ſunt, quæque ipſi ſpecialiter conceſſa ſunt. Ita ex lege Conſtantini eis permiſſa eſt datio bonorum poſſeſſionis, *l. ult. C. qui admitti*. Ex edicto Prætoris jubere cavere in cauſa damni infecti, *l.* 1. *ff. de damno infecto*. Ex eodem edicto conceditur miſſio in poſſeſſionem cauſa pignoris, *l. dies cautioni §. ſi intra ff. cit. tit.* imo omnis capio pignoris lege permiſſa eſt, *l. quemadmodum §. Magiſtratus ff. ad leg. Aquiliam*. Ita quoque multæ dictio ex mandatis Principum, *l. aliud §. ult. ff. de verb. ſignif.* In reliquis locum habere regulam textus in *l. ea quæ 26. ff. ad munic.* nempe, quæ magis imperii ſunt, quam juriſdictionis, ea Magiſtratus municipalis facere non poteſt.

II. Colligitur intellectus textus in *l. nec Magiſtratus ff. de injuriis*, ubi Magiſtratus minores ſunt, qui nec poteſtatem, nec imperium habent; intelligi enim id debet reſpectu originis, quoties ſcilicet Magiſtratus, cum primum conſtitutus fuit, nil niſi unam juriſdictionem habuit; quamvis progreſſu temporis ex ſpeciali conceſſione nonnulla, quæ imperii miſti ſunt, acceperit, quoties Magiſtratus generali imperio caret, ſeu caret jure Magiſtratus, licet aliquando ex ſpeciali conceſſione imperio poſſit uti. Nam Magiſtratus municipales in quibuſdam miſtum imperium ex lege obtinent, quia tamen id in omnibus non habent, ideo minores

nores

Digitized by Google

nores adhuc Magiſtratus ſunt, & Imperio carere dicuntur. Ita Prætor urbanus mero imperio caret, quamvis ex Senatuſconſulto Silaniano ei tributa ſit animadverſio in familiam, quæ dominum occidit, *l.* 1. *in princ. ff. de officio ejus*.

III. Miſtum imperium, quod Magiſtratibus urbanis, & ad eorum imitationem, Provincialibus competit more, ſeu jure Magiſtratus, id Duumviris non niſi lege competit, ſeu quia id ſpecialiter, & nominatim eis conceſſum eſt; de qua tamen re latius infra.

IV. Intelligentia textus in *l. Magiſtratibus ff. de juriſd.* cum Ulpianus ait: *Magiſtratibus municipalibus ſupplicium a ſervo ſumere non licet, modica autem caſtigatio eis non eſt deneganda*. Nam alii hinc concludunt, Duumviris modicam coercitionem, quæ juriſdictioni cohæret, contra contumaces in cauſis civilibus permitti. Alii ab Ulpiano ſermonem haberi de cauſis criminalibus, prorſus ut Duumviri queant de criminibus levioribus cognoſcere, Caſtr. in *l. un. in princ. n.* 5. *ff. ſi quis jus dicenti non obtemper.* Alii tandem modicam caſtigationem Duumviris non licere, niſi in ſervos, de quibus nominatim Ulpianus loquitur. Ita Bellonius *cap.* 8. *qu.* 16. *num.* 61. Quæ ſententia verior eſt; nam facilius permittitur poteſtas coercendi ſervos, quam liberos homines. Ita Duumviri ſervos vinculis coercere poſſunt, & verberibus afficere, ut diximus; nec mirum, nam ſervorum coercitio quandoque etiam privatis permittitur; nam & ſervum, qui publicam viam effodiat, cuilibet obvio caſtigandi jus eſt: at homo liber ex hac cauſa non a privato caſtigari, ſed ædilibus tantum demonſtrari debeat, *l. ædiles* §. *curent ff. de via publica*.

Itaque in cauſis criminalibus nec etiam levibus, cum de homine libero agitur, ullam Duumviri coercitionem habent. Nec obſtat, eam habere Defenſores Civitatis, qui minores Duumviris ſunt, §. *audient*, *auth. de defenſ. Civit.* Nam reſpondetur, non eſſe novum in jure noſtro, coercitionem in cauſis criminalibus quandoque minoribus dignitatibus committi. Quod clare oſtendit Ulpian. in *l. aliud* §. *ult. ff. de verb. ſignif.* cum dixiſſet, Magiſtratus ſolos, & Præſides Provinciarum, poſſe mandatis multam dicere, tum addit: *Pœnam autem unuſquiſque irrogare poteſt, cui hujus criminis, ſive delicti, executio compellit*.

Utrum detur juriſdictio ſimplex, & ſine imperio.

QUÆSTIO VI.

SUnt, qui docent, nullam dari juriſdictionem ſimplicem, ſed omnem eſſe cum imperio miſto conjunctam, propterea quod nequit dari juriſdictio ſine modica coercitione, quæ coercitio eſt imperium non merum, ſive miſtum, *l. ult. ff. de officio ejus*. Unde factum volunt, ut quæ juriſdictionis ſunt, dicantur imperii etiam eſſe; ut ecce interlocutio eſt juriſdictionis, & tamen imperium appellatur, *l. quod juſſit ff. de re judicata*: & contra quæ imperii ſunt, dicantur etiam juriſdictionis eſſe, ut in *quæſt.* 1. diximus. Ita ſenſere Veteres quidam, de quibus meminit Gloſſa in *d. l. imperium*. Sequuti ſunt Salamonius, & Eguinarius in *l.* 1. *in princ. ff. de offic. ejus*. Et Cujacius pluribus in locis, præcipue 4. *obſ.* 15. & 21. *obſ.* 30.

Hæc tamen opinio, utpote juriſprudentiæ principiis contraria, merito rejicitur a Gloſſa ibidem, Fabro 4. *conject.* 4. Fachin. 9. *controv.* 96. Bellon. *cap.* 8. *qu.* 23. *a num.* 5. qui omnes ſimplicem juriſdictionem ab imperio disjunctam, vel diſtinctam, dari docent.

Eſt enim primo disjuncta in Magiſtratibus minoribus, qui teſte Ulpiano ſine imperio & poteſtate ſunt, *l. nec Magiſtratibus ff. de injuriis*; quare in ipſis eſt juriſdictio disjuncta ab omni imperio. Exemplum eſt in Duumviris, qui jurisdictionem habent, *l. incola ff. ad municip. l. un. in princ. ff. ſi quis juſdic. non obtemper.* imperio tamen miſto carent, ut jam docuimus.

Eſt ſecundo diſtincta in Magiſtratibus majoribus, primo ratione propriæ eſſentiæ, cum alia ſit juriſdictionis natura, & definitio, alia imperii. Secundo, ratione exercitii, & actus, quippe Prætor, e. g. cum jus dicit, quod eſt juriſdictionis, non utitur imperio: & contra, cum reſtituit in integrum, quod eſt imperii, non utitur juriſdictione.

Non obſtant contraria; jam enim diximus in quæſtione antecedenti, duplex eſſe coercitionis genus, unum quod ex imperio deſcendit, alterum quod juriſdictionis eſt pro-

prium

prium. Præterea ex abuſu vocabulorum Imperii, & juriſdictionis, nihil colligi poſſe, conſtat ex his, quæ diximus *quæſt.* 1.

De Mero imperio.

QUÆSTIO VII.

HActenus de jure Prætoris in cauſis pecuniariis, in quibus jurisdictio, & Miſtum Imperium locum habent. Obtinet præterea Prætor jus afficiendi nocentes vario pœnarum genere, quod poteſtas, & merum imperium dicitur; non ideo, quod cauſæ criminales meræ judicantis voluntati relinquantur, ut falſo putat Alciatus in *l. poteſtatis ff. de verb. ſignif.* quippe etſi Judex multæ dictionem pro arbitrio habeat, pœnæ tamen proſecutio non ab ejus voluntate, ſed a legis auctoritate dependet, *l.* 1. §. 4. *ff. ad Turpil. l.* 15. *ff. ad municip.* Harm. 6. *Prochiri* 3. Sed ideo, quia non cohæret jurisdictioni, nec ei deſervit, ut eſt de imperio miſto: imo ab ea eſt omnino disjunctum, & per ſe ſtat, Eguin. *de juriſd. pag.* 26. Proximum itaque eſt, ut de eo agamus.

Et ab Ulpiano definitur: *Eſt poteſtas gladii ad animadvertendum in facinoroſos homines*, *l. imperium ff. de juriſd.* Quam definitionem multis oppoſitis difficultatibus DD. evertere conati ſunt, quod nullum genus, nullaque in ea differentia cerni poſſit: item quod cum dicit, *Gladii*, unam, & non omnes animadvertendi ſpecies enumeret, ut propterea definitio non æquet definitum, ut videre eſt apud Waltherum 1. *miſcell.* 2. Quæ omnia nullius eſſe momenti per ſe in ſequentibus patebit.

Dicitur ergo *Poteſtas*, ideſt jus, aut vis; & in homine triplex eſt; vel enim eſt in in patre erga filios, & dicitur Patria poteſtas, vel jus patrium: vel in Domino erga ſervum, & dicitur jus deſpoticum: vel in Magiſtratu erga Cives, & dicitur Imperium, *l. poteſtatis ff. de verbor. ſignif.* Quocirca hic eſt loco generis, quod mirum eſt non eſſe a Doctoribus animadverſum. Quod autem poteſtatis nomen hic explicandum ſit pro vi, ſeu jure, conſtat ex ſimili, nempe ex definitione patrii juris, quod definitur *Vis*, *ſeu Poteſtas*: vel, ut legit Theophilus, *Jus*, *ſeu Poteſtas*. Et clarius conſtat ex *l. cum Prætor* §. *item hi ff. de judiciis*, ibi: *Propter vim imperii*.

Dicitur *Gladii*, loco differentiæ. Id tamen varie explicatur. Quidam enim id per figuram dictum volunt pro juſtitia punitiva, vel pro qualibet graviori coercitione, licet ſanguinis non ſit, ut ſacrificiorum interdictio in jure Canonico appellatur gladius Eccleſiaſticus, *cap. dilecto*, *de ſententia excomm. in* 6. Ideo ita explicant, ne cogantur fateri, Ulpianum pro multis meri imperii ſpeciebus, unam enumeraſſe, quaſi ceterarum oblitum; octo enim idem Ulpianus enumerat pœnarum genera in *l. ſi quis* §. *ult.* juncta *l. aut damnum*, *in princ. ff. de pœnis*; aut enim vitam adimunt, aut ſervitutem injungunt, aut civitatem auferunt, aut exilium, aut coercitionem corporis continent, aut damnum cum infamia, aut dignitatis depoſitionem, aut alicujus actus prohibitionem, ut cum Præſes advocationibus interdicit, *l. moris eſt ff. cit. tit.* Si autem gladium proprie accipimus, non refertur niſi ad eam ſpeciem, quæ vitam adimit, nec tamen eam omnem exhaurit; nam vita adimitur etiam ſecuri, laqueo, fuſtibus, aliiſve modis, *d. l. damnum* §. 1. Videtur ergo omnino dicendum, gladii nomen in ea definitione poſitum pro juſtitia punitiva.

Hæc tamen explicatio a conſuetudine juris noſtri abhorret, in quo ſemper gladius pro una meri imperii ſpecie ponitur, *l. ſolet*, *in princ. ff. de offic. Proconſ. l. nemo poteſt ff. de reg. juris*, *l. illicitas* §. *qui univerſas ff. de offic. Præſidis*. Quare Præſes, qui habet jus gladii, *d.* §. *univerſas*, non habet omnem gravem coercitionem: nam neque ſecuri, neque telo, neque laqueo, neque alio modo vitam adimere poteſt, ſed ſolum gladio, *d. l. aut damnum* §. 1. ita nec poteſt in Inſulam deportare, ſed tantum deportandum adnotat, *l. inter pœnas* §. 1. *ff. de interdictis*.

Pro difficultate removenda, meminerimus, apud Dialecticos inter varias definitionis ſpecies, eam quoque extare, quæ Typus appellatur, cum id, quod definimus, exemplo declaramus, ut Victorinus, & Boetius in *Topicis* tradunt, & non deſunt exempla in jure noſtro, quorum nonnulla habet Waltherus *loc. cit.* quibus addimus definitionem Actus, qui dicitur jus agendi jumentum, vel vehiculum; ubi jumenti fit mentio gratia exempli; nam qui Actum habet, agere etiam poteſt boves, qui non continentur nomine

mine

Digitized by Google

mine jumenti, ſed armenti, *l. boves ff. de verb. ſignif.* item oves, capras, ſues, licet eis gregis tantum appellatio conveniat, *l. 1. §. fin. ff. de reivind.* Itaque definitio Actus Typus eſt, non Oriſmus. Eodem modo definitionem meri Imperii Typum eſſe affirmat idem Waltherus, ab uno exemplo, eoque nobiliore ductam, nam gladio cingebantur poteſtates ad hoc imperium ſignandum, ut de Præfecto Prætorio conſtat ex Dione, Eguin. *de juriſd. pag. 26.*

Dicitur *Ad animadvertendum*. Solet verbum iſtud de ſummo ſupplicio uſurpari; quandoque tamen pro levioribus pœnis accipi poſſe, oſtendit textus in *l. 11. ff. de offic. Proconſulis*, & in *l. 1. §. ſolent ff. de offic. Præfecti urbi*, ubi diſtinguitur inter majorem ſeu graviorem animadverſionem, & minorem vel leviorem. Ceterum animadverſionis nomine non ipſum ſupplicium venit: aliter carnifex dum homines necat, merum imperium diceretur habere; ſed ipſa ſententiæ pronunciatio intelligitur, ex cujus carminibus homo ad ſupplicium rapitur.

Dicitur *In facinoroſos homines*; leges enim ad homines maxime regendos inſtitutæ ſunt, aliudque præter homines, ante oculos non habent: hos præmiis donant, hos pœnis afficiunt; quamvis quandoque ob damnatorum odium, eorundemque memoriam abolendam, ſtatuas dejiciunt, ædes ſolo æquant, ut notat Cicero *pro domo ſua*.

Verum etiam in beſtias aliquando, male, ut ita dicam, de hominibus meritas, animadverſum, memoriæ proditum eſt: ea ſcilicet ratione, ut homines intelligant quanto odio digna ſint ea delicta, quæ etiam in beſtiis damnari ſolent. Itaque D. O. M. legibus a ſe latis præcipit, neci tradi pecudem, quæ monſtroſa venere hominem experta eſt, *Levit. cap. 20.* & bovem cornupetam, ſi hominem occiderit, lapidibus obrui jubet, *Exod. cap. 21.* Quæ pœnæ non ſunt, ſed uſus dominii in beſtias, ut ait Hugo Grotius 2. *de jure belli & pacis 21. num. 11.* Hæc exempla ſequuti ſunt Judices, qui ſuem, quod puerum voraſſet, laqueo ſuſpenderunt, Guidon Papa *qu. 238.* Et qui Villici canes, ob Fratrem Franciſcanæ Familiæ diſcerptum, gladio feriendos damnarunt, inter quos & ſe fuiſſe teſtatur Mornacius in *l. 1. ff. ſi quadrupes pauper.*

Præterea cadaveribus quandoque pœna dicta eſt, ut ſi quis doloris impatientia, vel tædio vitæ, ſibi mortem conſcivit, capite plectitur, *l.* . . . . Pœnæ enim non ſolum infliguntur ad hominem delinquentem emendandum, vel puniendum, cui rei poſt mortem locus non eſt, *l. 6. ff. de publ. delictis*, *l. ſi pœna ff. de pœnis*, *l. 3. cum duab. ſeqq. C. ſi reus vel accuſator*: ſed etiam ad deterrendos alios, *1. ff. de cadaveribus punitorum*, Gellius 15. *N. A.* 10.

Quibus merum imperium competat, & quomodo

QUÆSTIO VIII.

I. Exactis ab Urbe Roma Regibus, Conſules conſtituti ſunt duo, penes quos ſummum jus uti eſſet, lege Curiata cautum eſt, *l. 2. §. exactis ff. de orig. juris*, quoſque in ſignum meri imperii præibant lictores cum faſcibus, in quibus ſingulis erat ſecuris ad necem, & virgæ ad verbera. Deinde paulo poſt ſummum ipſorum jus, & regium imperium, lege Valeria a P. Valerio Poplicola lata reſtrictum eſt, factumque ut a Conſulibus provocatio eſſet ad populum, & ne Conſules injuſſu populi in caput Civis Romani animadvertere poſſent, *d. l. 2. §. exactis*, & §. *& quia*. Unde Conſſ. extra Urbem faſces cum ſecuribus habebant, intra Urbem ſecures non habebant, Dionyſ. *l. 5.* Quod & L. Sempronia, quam C. Gracchus rogavit, repetitum, Manutius *de legibus pag.* 133. Itaque ſi quid admiſſum erat, quod capital eſſet, de ea referebatur ad populum, qui quæſtionem mandabat Quæſtoribus Parricidii, *d. §. & quia*. Hi re quæſita, denuo referebant ad populum: nam populus in Comitiis de Capite Civis judicabat, Muretus ad *rub. ff. de offic. ejus*.

Verum ſi gravius aliquod diſcrimen Reipublicæ imminere videretur, tum Conſulibus ſummum jus nominatim Senatuſconſulto mandabatur, his verbis: *Dent operam Conſſ. ne quid Reſpublica detrimenti capiat*. Ex quo intelligebatur permiſſa Conſſ. etiam in caput Civis Romani animadverſio, Cicero in *Catilin.* Sigonius 1. *de antiquo jure Civ. Rom. cap. ult.*

Poſtea pro tergo Civium lata eſt lex Porcia, Livius *lib. 10.* Valerius ergo faſcibus ſecures detraxit, Porcius etiam virgas.

Digitized by Google

II. L. Cornelius Sylla Dictator (diminuta populi poteſtate) quæſtiones publicas quatuor Prætoribus commiſit, qui cognoſcerent de criminibus; veluti de falſo, de parricidio, de ſicariis, de injuriis, *d. l.* 2. §. *deinde Cornelius*. Quare Prætori in Urbe duo lictores cum faſcibus præibant, in Provincia ſex, ut ex Cenſorino, & Polybio docet Sigonius *loc. cit.* Cum ergo numerus Prætorum ad decem & octo tempore excreviſſet, eorum nomina omnia conjiciebantur in urnam, & ſorte obveniebat, ut unus urbanus Prætor eſſet, unus Peregrinus, ita Tutelaris unus, duo fideicommiſſarii, unus liberalis, Syllani quatuor, unus de pecuniis repetundis, cujus meminit Cic. 1. *Verr. in proœmio:* atque ita ſimiliter alii, qui Provinciis præeſſent, Siciliæ, Sardiniæ, Hiſpaniæ, Narbonenſi, *l.* 2. §. *capta ff. de orig. jur.* De hac ſortitione loquitur Pap. in *l.* 1. *in princ. verſ. hujus ff. de offic. ejus*.

Factum eſt etiam, ut publici judicii cognitio quibuſdam privatis daretur, qui ſimul cum ipſo Prætore cognoſcerent, qui Judices Quæſtionum dicuntur, *d. l.* 1. §. 1. *ff. ad leg. Corn. de ſicar.* Horum pariter nomina conjiciebantur in urnam, ut eorum ſortitio, & in rejectorum locum ſubſortitio fieret, Budæus in *l. ult. ff. de Senator.*

III. Merum imperium Romæ extra ordinem de omnibus criminibus cæpit habere Præfectus Urbi, imo extra Urbem ad centeſimum miliarium, ex tempore D. Severi epiſtola ad Fabium Cilonem miſſa, ex qua habet jus relegandi, deportandique in Inſulam, quam Imperator aſſignaverit, *l.* 1. §. *relegandi ff. de officio Præfecti urbi :* jus quoque damnandi in metallum, *l. aut damnum* §. *Præfecto ff. de pœnis* : & fuſtibus verberandi, *d. l.* 1. §. *cum patronus*.

Sunt tamen quædam crimina, quorum notio non pertinet ad Præfectum urbi, ſed ad alios urbanos Magiſtratus, ut cognitio de domino a familia occiſo, quæ Senatuſconſulto Silaniano fuit nominatim tributa Prætori urbano, *l.* 1. *in princ. ff. de officio ejus.* Et cognitio de incendiariis, effractoribus, furibus, raptoribus, & receptatoribus, quæ a D. Auguſto ſpecialiter conceſſa fuit Præfecto Vigilum; niſi tam atrox, tamque famoſa ſit perſona, ut ad Præfectum urbi remitti debeat, *l.* 3. §. *cognoſcit ff. de officio Præfecti Vigilum*.

IV. Sicuti Reges ſibi adjungebant Tribunum Celerum, Dictatores Magiſtrum Equitum, ita Impp. Præfectum Prætorio, *l.* 2. §. *populo ff. de orig. juris*, *l.* 1. *ff. de officio Præfecti Prætorio*. Qui ad merum imperium denotandum, gladio ſuccingebantur ſibi ab Imperatore tradito, ut ex Dione ſupra notavimus. Hi duplici privilegio ſunt ſubnixi, ut jus habeant extremæ provocationis, & ne a ſententiis eorum, minores ætate ab aliis Magiſtratibus, niſi ab ipſis Præfectis Prætorio reſtitui poſſint, *d. l.* 1.

V. In Provinciis de criminibus extra ordinem cognoſcunt Præſides, ex ſpeciali permiſſu Principum, *l. lege Julia* §. 1. *ff. ad leg. Juliam pecul.* Et præter eos nemo in Provincia criminum notionem habet; quia non, ut in urbe, ita & in Provincia diſtincta ſunt officia, ſed unus idemque Præſes, & Præfecti, & Prætoris, reliquorumque Magiſtratuum partibus, & officio fungitur, *l. ſi in aliquam* §. *fin. ff. de officio Proconſulis*, *l. de omnibus*, & *l. ſeq. ff. de officio Præſidis*.

Hi ergo habent jus gladii, & jus damnandi in metallum, *l. illicitas* §. *qui univerſas ff. cit. tit.* jus relegandi, *l. relegatorum* §. 1. *ff. de interdictis*. Carent tamen jure deportandi: nam quoties aliquem in Inſulam deportandum cenſent, id adnotare debent, & ſcribere Imperatori, ut deportet, *l. inter pœnas*.

Nec enim verum eſt, quod quidam opinantur, id intelligi cum Præſes non habet Inſulam, alias nihil eſſe impedimento, quominus & ipſe deportare poſſit, Gloſſa in *d.* §. *qui univerſas*, Bartolus in *d. l. relegatorum*, Hotomannus 3. *obſerv.* 12. Nam ſi jus haberet deportandi, & ſolus ei defectus Inſulæ ſuæ juriſdictioni ſubjectæ ad deportandum obeſſet, non ſcriberet Imperatori, ut deportet, ſed ut Inſulam aſſignet, ut ſervatur in eodem Præſide, cum relegat in Inſulam; ſcribit enim Imperatori, non ut releget, ſed ut Inſulam aſſignet, *d. l. relegatorum* §. 1. Præterea ſi Præſes jus deportandi haberet, ſola ejus ſententia vim deportationis haberet, & operaretur ut reus ſtatim civitatem amitteret, ut ſervatur in Præfecto urbi, *l.* 2. §. 1. *ff. de pœnis*. Et tamen in contrarium eſt, quia ſola Præſidis ſententia non adimit civitatem, priuſquam reus ſit a Principe deportatus, *l.* 1. §. *deportatus ff. de legat.* 3. *d. l.* 2. §. 1. *ff. de pœnis*. Ita poſt

Digitized by Google

poſt alios Bellonus *cap.* 8. *qu.* 2. *a num.* 50.

Objicies, Præſes vitam, libertatem adimere poteſt. Ergo multo magis civitatem.

Reſpondemus, in iis, quæ nominatim tribuuntur, ut ſunt cauſæ meri imperii, non valere argumentum a majori ad minus; eatenus enim quis habet pœnæ irrogandæ poteſtatem, quatenus lege ei conceſſum eſt. Itaque Præſes, qui jus habet gladii, gladio vitam adimat opus eſt, non ſecuri, non laqueo, *l. aut damnum* §. 1. *ff. de pœnis*. Et licet habeat jus damnandi in metallum, non ob id recte ſibi tribuit jus deportandi, quod illo jure minus eſt: imo nec jus confiſcandi bona, *l. un. C. ne ſine juſſu Principis*; quæ lex de Præſidibus eſt accipienda, uti conſtat ex *C.Theod.* & monent Petr. Faber in *l. nemo poteſt ff. de reg. juris*, Cujacius in *l.* 1. *ff. de officio ejus*, & in *lib.* 1. *qq. Papin.*

In municipiis Defenſores civitatum ex conſtitutione Juſtiniani levia ſolum crimina cognoſcunt, competentique caſtigationi tradere poſſunt, §. *audient*, *auth. de defenſorib. civit.* Coraſius tamen 3. *miſc.* 17. *num.* 10. non omnem poteſtatem de criminibus cognoſcendis merum imperium eſſe putat, aitque Defenſores civitatum, Duumviros, dum ſervos coercent, & Præfectos Vigilum, merum imperium non habere, ad quod omnino requiri exiſtimat poteſtatem vitæ, neciſque, ut gladii nomen indicat in *d. l. imperium*. At Joann. Verſtegenus *de imperio*, *num.* 11. in contrarium docet, merum imperium ex multis capitibus conſtare, quæ non omnia conceduntur omnibus; ſed pro diverſa Magiſtratuum conditione, modo plenius, modo ſtrictius conceſſum fuit.

Ex hactenus dictis apparet, merum imperium nulli datum eſſe more majorum, ſeu nulli competere jure Magiſtratus: ſed dari ſpecialiter, & nominatim vel lege, *l. qui* §. *mandatam ff. de officio ejus*, *l.* 2. §. *exactis ff. de orig. juris*: vel Senatuſconſulto, *d. l.* 1. *in princ. ff. de officio ejus*: vel demum conſtitutione, *l. aut damnum* §. *Præfecto ff. de pœnis*, *l.* 1. §. *a Præfectis ff. de legat.* 3. *l. inter pœnas* §.1. *ff. de interdictis*.

Hinc Prætor urbanus, etſi Magiſtratus ſit, & quidem major, *l.* 2. *ff. de in jus voc.* tamen merum imperium non habet, nec de criminibus cognoſcit, ſed ad Præfectum Urbi remittit, *l.* 1. §. *ſolent ff. de offic. Præf. urbi*, *l.* 1. §. *ult. l.* 2. *ff. de ſuſp. tutor. l. niſi C. de adminiſtratione tutorum*; niſi in caſu domini a familia occiſi ex Senatuſconſulto Silaniano, ut dictum ſupra eſt.

Hinc etiam merum imperium competere privatis etiam poteſt, ſi nominatim eis tale jus datum ſit, ut eſt de Defenſoribus Civitatum, qui non Magiſtratus, ſed privati ſunt. Et conſtat ex Ulpiano in *l. aliud* §. *ult. ff. de verb.ſignif.* ubi multæ dictionem, quæ eſt miſti imperii, & competit jure Magiſtratus, ſoli habent Magiſtratus: Pœnæ vero irrogationem, quæ eſt meri imperii, & ſpecialiter tribuitur, non habent ſoli Magiſtratus, ſed omnes, quibus ſpecialiter tributa eſt, ut eleganter explicat Cujac. in *d. l.* 1. *ff. de officio ejus*, & Petr. Faber in *d. l. nemo poteſt ff. de reg. juris*.

Utrum Magiſtratus meri imperii habeat tantum exercitium, jure penes Principem manente.

QUÆSTIO IX.

ANceps difficultas eſt, quæ olim Lotharium, & Azonem exercuit. Lotharius enim contendebat, Magiſtratum, qui a Principe merum obtinuit imperium habere unum modo ejus exercitium, jure apud Principem reſidente. Contra Azo Magiſtratum exercitio & jure frui volebat. Henricus V. Imperator Bononiæ in hac controverſia electus arbiter, pro Lothario pronunciavit, cui etiam adjudicatus eſt equus ex ſponſione apud ſequeſtrem depoſitus. Verum hæc Imperatoris deciſio pluribus contra juris rationem viſa eſt; quare nata eſt cantilena illa: *Lotharius iniquum dixit, & equum abſtulit: Azo æquum dixit, & equum perdidit*, Gothofredus in *l.* 5. *ff. de juriſd.*

Hæc quæſtio imperfecta eſt in Autographo: & fortaſſe alia deſunt, quæ ſcribere deſtinabat Vir doctiſſimus de hac materia, quæ tamen nunquam ſcripſit, quia nunquam ſe præbuit occaſio eandem materiam dictandi, ut in epiſtola ad Lectorem T. III. monuimus.

Digitized by Google

DOMINICI AULISII

JC. CLARISSIMI

De Edendo.

Ad librum II. C. Tit. I.

PLurimum affinitatis eſt huic titulo cum antecedentibus. Egerat Juſtinianus de his, quæ ad ſtatum Reipublicæ pertinent, ideſt de Sacris, Sacerdotibus, & tandem de Magiſtratibus, quæ propterea jus publicum conſtituunt, *l. 1. §. hujus ſtudii ff. de juſtitia & jure*. Proximum eſt, ut agat de jure Privato, & præ omnibus Fori morem in judiciis, & litibus explanet; quæ tractatio apte connectitur cum variis Magiſtratuum generibus, eorumque officiis; quæ quidem officia in contentioſa juriſdictione, ſive in judiciorum cognitione, verſantur. Et recte ab Editione, non quod inde judicium ſumat initium (ſumit enim a litis conteſtatione) ſed quod editio, ut etiam in jus vocatio, ita præparant judicium, ut ab eo avelli non poſſint; editio enim ſpeciem futuræ litis demonſtrat, *leg. edita*, C. *eodem titulo*.

Imo litis nomen biſariam in jure noſtro accipitur. Nam quamvis proprie lis initium capiat a conteſtatione, ex qua res in judicium deducta dicitur, *l. 1. C. de litis conteſtatione*: & ita quod conteſtationem præcedit, lis non eſt, ſed controverſia potius, *l. 5. l. ſed etſi lege §. ſi ante ff. de petitione hereditatis*, ibi: *Poſt litem conteſtatam omnes incipiunt malæ fidei poſſeſſores eſſe, quinimmo poſt controverſiam motam*. Plenius tamen ſub litis nomine aliquando venit etiam controverſia, ut in Edicto de litigioſis, res, cujus alienatio interdicitur, litigioſa eſſe exiſtimatur, non tantum ſi lis ſit conteſtata, ſed etiam ſi mota controverſia ſit, *auth. de litigioſis, in princ.* Cujac. 9. *obſerv.* 21.

Olim hæc omnia præcedebat petitio & impetratio actionis a Prætore, quas ſuſtulit deinde Conſtantinus in *l. 2. C. de formulis & impetrationibus ſublatis*. Præcedunt ergo hodie litem duo tantum, editio, & in jus vocatio. Dubium tamen eſt, utra ex his dua-

Digitized by Google

duabus alteram præcedat? Oritur difficultas ex diverſa ſerie, qua tituli in Codice, & in Pandectis concipiuntur; nam in Codice titulus noſter *De edendo* præcedit, & hunc ſubſequitur *De in jus vocando*; quem ordinem Paulus, & Ulpianus in libris ad Edictum ſequuti ſunt, ut hic Cujacius notat. Quare conſtat hunc ordinem tenuiſſe Edictum perpetuum, & fori quoque mos talis fuiſſe videtur, ut prius actio ederetur, poſt in jus vocaretur. Confirmatur ex Terentio in *Adelphis*:

Quid? ſi ego tibi illam nolo vendere,
Coges me? Minime. Namque id metui. Neque vendendam cenſeo,
Quæ libera eſt: nam ego illam liberali aſſero cauſa manu:
Nunc vide, utrumvis, argentum accipere, an cauſam meditari tuam.
Delibera hoc, dum ego redeo, leno.

Contrarium tamen ſuadere videtur ordo, quem Pandectæ tenent, ubi prius de in jus vocando, deinde de edendo agitur; unde habetur, editionem reo non fieri, niſi poſt vocationem in jus. Id quoque probat locus Plauti in *Perſa*:

Age, ambula in jus leno. Quid me in jus vocas?
Illic dicam apud Prætorem, ſed ego in jus voco.

Pro qua difficultate removenda, Duarenus in *ff. hoc tit.* docet, vocationem in jus præcedere editionem, ſed non neceſſario: potuiſſe tamen ex actoris arbitrio prius editionem fieri. Sequitur Bellonus *de mandata juriſdictione, cap. 1. qu. 3. a num. 17. ad 20. & num. 35.* At Cujacius hic, illico, & eodem tempore actionis fieri editionem, & in jus vocari.

In foro apud nos utraque ſententia recepta eſt, ſed in diverſis caſibus. Nam cum duplex editio ſit, ut dicemus, una actionis, altera inſtrumentorum, ſi de priori ſermo ſit, regulariter editio actionis, & vocatio in jus eodem tempore, eodemque libello fit; aliquando tamen reus prius vocatur in jus, deinde apud Magiſtrum actorum ei actio editur. At ſi de poſteriore loquamur, editio ſemper ſubſequitur vocationem in jus; quippe reus, ſi velit, petit ſibi ab actore edi ſcripturas, vel inſtrumenta, de quibus in libello mentio facta eſt, ut in progreſſu patebit.

Ceterum Edictum Prætoris de edendo duplex fuit. Unum eſt proxime dictum, in quo Prætor jubet, ab actore edi reo actionem, & in inſtrumenta litis, ut ſciat reus utrum cedere, an contendere ultra debeat, *l. 1. in princ. ff. eod.* Alterum eſt, quo jubet argentarios rationes ſuas cuique edere, ut exhibitis iſtis cauſam ſuam inſtruat is, ad quem ratio pertinet, *l. argentarius ff. cit. tit.*

De priori Edicto.

HUjus duæ partes ſunt. In prima agitur de editione actionis. Et quia omnis edicti vis in voce *edere* poſita eſt, ideo Ulpianus in *d. l. 1. §. 1.* vim vocis hujus, quatenus ad actionem attinet, diligenter explanat. Et primo eum actionem edere dicit, qui copiam deſcribendi facit; & ita eſt apud nos, cum reus per ſchedulam, ſive ſola voce a viatore in jus vocatur, addito ut compareat apud menſam deſignati actorum Magiſtri; nam ibi reus libellum, & deſcriptam in libello actionem reperit, quam deſcribere, ſi velit, poteſt. Idque in cauſis levioribus, & parvi momenti fieri ſolitum eſt. Huc quoque ſpectat, quod Ulpianus de dictatione ſubdit; poteſt enim actor ipſe apud menſam reo actionem dictare. Et hoc caſu editionem præcedit vocatio in jus.

II. Edere etiam dicitur, qui actionen in libello comprehenſam reo dat. Quod ex more noſtri fori, non fit ab actore ipſo, ſed a viatore: nec datur reo exemplar libelli, quod remanet apud Magiſtrum actorum, ſed exemplum. Et ita vocatio in jus, & editio eodem tempore fit, ut notavimus.

Ita Ulpianus ex ingenio ſuo: tum ex ingenio Labeonis addit: *Eum quoque edere, qui producat adverſarium ſuum ad album, & demonſtret quid dictaturus ſit: vel id dicendo, quo uti velit.* Quæ verba diu, multumque ab Interpretibus vexata ſunt. Forcatulus pro *producat*, in *Cupid. juriſperito cap. 17.* legit, *perducat*, ex eodem Ulpiano in *l. ſi quis ff. eod.* ſed utrovis modo legas, idem ſenſus manet. Alciatus 2. *diſpunct.*

Digitized by Google

ſpunct. ult. legit *Adverſaria ſua*, quod etiam facit 8. *parerg.* 7. Sunt autem adverſaria Codices tumultuarie & ſine ordine memoriæ cauſa facti, ut poſtea illa, quæ in eis perſcripſimus, in ordinem redigamus. Quæ ſane nihil ad rem noſtram faciunt. Cujacius 8. *obſ.* 15, ex Baſilicis legit: *Et demonſtret ex quo edicto acturus ſit*. Quæ lectio quamvis planior ſit, in idem tamen cum vulgata recidit.

Placet tamen nihil movendum, ut Wultejus *diſcept.* 5. monet, cum quo dicimus, duo ex Labeone haberi; primum, eum quoque pro edente eſſe, qui adverſarium ſuum, ideſt reum, producit, ſeu perducit ad Album Prætoris, quod ſit in muro deſcriptum, & ei digito demonſtrat, quodnam edictum dictaturus ſit, quod metonymicans accipi debet, ideſt ex quo edicto actionem ſit dictaturus. E. g. Agam tecum ex eo edicto, quod eſt de dolo malo. Erant enim edicta in Albo propoſita, & vulgo interpretantur, in gypſato pariete: quod eſt contrarium Theophilo, qui Edictum Prætoris propoſitum ait: λευκοῖς γράμμασι, *Albis literis*; conſtat autem in tabula dealbata non albis, ſed nigris literis ſcribi oportére: quare ſi literæ erant albæ, falſo creditur album Prætoris in dealbato pariete ſcriptum fuiſſe; quamvis Cujacius hic *Albas literas* pro claris accipiat, ut Ariſtoteli in *Topicis* λευκὴ φωνὴ, vox *alba*, eſt clara, & quæ facile excipitur.

Deinde Labeo habet pro Edente etiam eſſe, qui reo dicit, quo edicto uti velit, ſcilicet non omnino neceſſe eſſe reum ad album perducere: demonſtrando digito, quo edicto uti velit; ſed ſatis eſſe, ſi quocunque loco parti adverſæ dicat, & declaret, quodnam ſit edictum, cujus vi acturus ſit. Et hoc fortaſſe Labeo ſubdit, quia jam juſſu Adriani Imperatoris edicta erant libro deſcripta, qui liber *Edictum perpetuum* appellatus eſt, & etiam *Adrianum*, Cujacius ad *Digeſta Juliani*, initio. Et poterat acturus librum reo proferre, ut ibi inſpiceret edictum, quo in agendo uti voluiſſet.

Unde perperam Rævardus in *libro ſingulari Protribunalium cap* 4. ex hoc noſtro textu colligit, duplex album fuiſſe, unum edictorum, alterum formularum, ſeu actionum, cum revera unum fuerit, in quod edicta, & ex eis actiones, ſive interdicta erant relata, Wultejus *loc. cit.*

Verum hodie hæc amplius locum non habent; non enim poteſt editio actionis fieri ſermone nudo, & omnino libellus exigitur, ex *Novella* Juſtiniani *de exhibendis reis*. Ceterum latius patet edendi, quam exhibendi verbum: nam eduntur rationes & actiones: at exhibentur rationes, non etiam actiones. Late Cujacius hic in *l.* 1. & 9. *obſ.* 21.

In altera parte noſtri edicti agitur de editione inſtrumentorum. Ex qua æquitatis ratione edenda eſt actio, ex eadem Prætor jubet edi inſtrumenta, vel ſcripturas alias, de quibus in libello facta mentio eſt, ſcilicet, ut ita reus deliberare poſſit, utrum cedere an ultra contendere debeat, *d. l.* 1. §. *editiones*. Et ita apud nos obſervatur ex ſtylo M. C. de quo teſtatur Foller. ad Marantam *part.* 6. *actu decimo*, *num.* 9. Quapropter ſi quis agat, ut ceſſionarius, vel donatarius, utili ſuo nomine, debet reo petenti inſtrumentum ceſſionarius, vel donationis edere, Baldus in *l. qui ſtipendia*, *in fine C. de procuratoribus*, licet contrarium ſenſerit in *d.* §. *editiones*, Decius *conſ.* 301. Guidon Papa *ſingul.* 245.

Si actor inſtrumenta, inſtante reo, non edat, agere nequit. Prætor tamen iis ſubveniendum cenſet, qui ob ruſticitatem, vel ob ætatem, vel ob ſexum lapſi non ediderunt, ob juſtum ſcilicet errorem, *d. l.* 1. §. *ult.* & §. *ſi quis agens*, *Inſtitut. de actionibus*.

Non eſt autem opus edere authenticum, cum ſit ſatis exemplum ſine die, & conſule; nam editio, quæ fit Judici, poſt litem conteſtatam, ad probandum, authenticum exigit, *l.* 2. *ff. de fide inſtrumentorum*, *l.* 3. *C. de diverſis reſcriptis*: at ea, quæ fit reo, ut inſtructior in judicium veniat, ea ſolemnitate opus non habet: quippe ſatis inſtruitur, quamvis in exemplo dies & conſul appoſitus non ſit: præterea verendum eſt, ne quid falſi fabricetur, prolata die, & conſule, *d. l.* 1. §. *editiones*.

Hinc etiam fit, non eſſe edenda nomina teſtium, qui inſtrumento ſe ſubſignarunt, nec edendum tabellionis nomen, qui ſcripſit, Harm. 1. *Prochiri* 4. Cujacius hic; tum quia appoſitio ſignatorum, & tabellionis nihil ad inſtruendum pertinet: & hæc editio ſolum ad inſtructionem a Prætore jubetur: tum etiam, quia periculum falſi imminet: tum tandem ex *l. non omnibus ff. de receptis arbi-*

bitris, ubi qui non edit nomina teſtium, in pœnam compromiſſi non incidit. Quæ ſententia verior eſt, quamvis renitatur Accurſius in *d. §. editiones*, *v. die & conſule*, *ad finem*.

Verum tamen eſt, ſtipulationis inſtrumentum totum edendum eſſe: alioqui non videtur edere, *d. l.* 1. §. *edere*; aut dolo malo videtur edere, *l. ubi* §. 1. *ff. eod.*

Hæc tamen editio ceſſat, quando inſtrumenta, & ſcripturæ apud ipſum reum ſunt, Baldus in *l. ſi legatum ff. eod.* ubi ſi legatarius ab herede legatum petat, non jubet Prætor legatarium verba teſtamenti edere, quia heres ſolet habere exemplum teſtamenti. Excipitur tamen in ſpecie a Papiniano propoſita in *l. poſtquam §. ſi dies ff. ut legatorum nomine caveatur*; nam ſi dies aut conditio legato adjecta ſit, & legatarius ſatiſdationem ab herede petat, ſe legatum poſt diem, vel conditionem ſoluturum, non aliter auditur, quam ſi ſcripturam, qua legatum relictum affirmet, exhibuerit.

Ceſſat etiam, cum ſcriptura, de qua in libello mentio fit, affixa per urbem, vel pro roſtris eſſet; nam cum eam ſcire teneatur, ab aliis certior fieri non debet, *l. ſi quis ex argentariis* §. *fin. ff. eod.* Bald. in *l. incivile ff. de legib.*

Petes, an inſtrumenta litis, quæ ad probandum deſerviunt, edenda ſint? Et vulgo DD. uno conſenſu tradunt, ea non edi; quæ opinio improbatur a Cujacio hic ex *d. l.* 1. §. *edenda*, ubi hæc Ulpianus habet: *Edenda autem ſunt omnia, quæ quis apud Judicem editurus eſt*. Duplex quippe editio fiebat, una in jure, id eſt apud Prætorem, & hæc erat ante litem conteſtatam: altera in judicio, ideſt coram Judice per Prætorem dato, & hæc poſt litem conteſtatam erat, ut recte Bellonus *loc. cit.* Ex quibus conſtat prædictum §. ad inſtrumenta etiam litis pertinere: quandoquidem inſtrumenta, quæ coram Judice, lite conteſtata, eduntur, litis inſtrumenta ſunt. At Ulpianus hæc eadem dicit edenda ante conteſtationem coram Prætore. Ergo litis quoque inſtrumenta edenda ſunt.

Roborat hanc opinionem eadem æquitatis ratio, qua & actio & alia inſtrumenta edenda ſunt, ſcilicet, ut reus veniat inſtructior; & ita ſane conſultius deliberabit, an cedere, an potius ultra contendere debeat. Quæ quidem ſententia, ſi hiſce temporibus reciperetur, utiliſſima eſſet futura, multique a litibus deterrerentur, ut idem Cujacius monet.

Notandum præterea eſt, ex primo Edicto actorem edere aliquando etiam poſt litem conteſtatam, ex *l. non eſt novum C. eod.* Species eſt. Creditor petit pecuniam ex chirographis. Reus dicit ſe eam pecuniam ſolviſſe, ſed non accepiſſe apocam caſu majore amiſiſſe, & poſtulat edi ſibi rationes actoris. Utique actor proferre rationes ſuas compellitur, ut fides veri conſtare poſſit. Vide Cæſarem Coſtam 1. *ambig.* 22. Hæc certe editio ex primo edicto eſt, & tamen poſt litem conteſtatam fit. Quare diſtinguendum eſt cum Cujacio ibidem; nempe, ante litis conteſtationem actor edit reo inſtrumenta litis, quibus ſcilicet fundatur & conſtituitur intentio actoris. Poſt litem vero conteſtatam edit reo actor rationes, vel inſtrumenta, quibus reus poſſit probare defenſionem ſuam.

Idipſum eſt, ſi agat fiſcus, a quo reus petere etiam poteſt rationes ſibi publicas edi, *l. juſtum, C. eod. l.* 4. *C. de fide inſtrument. l.* 2. *C. de diſcuſſionibus lib.* 10. *l.* 2. *C. de conven. fiſci debitor. lib.* 10. quibus locis oſtenditur, eum, qui intulit annonas, vel tributa fiſco debita, & accepit apocham, ea amiſſa, poſſe fidem delationis comprobare ex archiis publicis, atque adeo poſſe fiſcum compellere, ut eas rationes edat.

De emendatione, & mutatione actionis.

DISCUSSIO I.

Poſtquam edita actio eſt, emendari, & mutari poteſt, *l.* 3. *C. eod.* ubi hæc habentur: *Edita actio ſpeciem futuræ litis demonſtrat: quam emendari vel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel jus reddentis decernit æquitas*. Emendare eſt, cum retento actionis nomine, error tollitur, *l. actorem ff. de re judicata*: ut ſi qui plus debito petiit, ne in pœnam plus petentium incidat, juſtum petat: aut pro Sticho, qui petitus eſt actione ex ſtipulatu, petitur Erotes. Mutare eſt, cum priore actione omiſſa, alia inſtituitur, vel cum nomen actionis mu-

Digitized by Google

mutatur: ut ſi actor omiſſo judicio petitorio, poſſeſſorium intentet: vel omiſſa via ordinaria agat executiva. Unde fit, ut cum actio mutatur, vel emendatur, opus ſit editione nova, cum nova actio loco prioris ſubſtituatur, Cujacius in *d. l.* 3. *col.* 5.

Hæc emendatio legitime fit tam in diverſum, quam in contrarium. Et quidem in diverſum, ſi qui egit ex emto ut ſibi equus daretur, deinde comperiat eundem ſibi eſſe legatum, recte aget ex teſtamento, *l. hujuſmodi* §. *qui ſervum in fine ff. de legat.* 1., §. *ſi quis agens*, *Inſtitut. de actionib.* In contrarium vero, ſi ſervus meus damnum tibi dedit, & agam adverſus te in ſolidum, quaſi te ſciente damnum datum ſit ex *l.* 2. *ff. de noxalibus*, donec id judicium agitatur, non prohibeor mutare actionem, & quaſi te inſcio damnum acceperim, agere ut ſervum noxæ dedas: vel ſi prius egi actione noxali, agere deinde in ſolidum, *l. in delictis* 4. §. *ult. ff. cit. tit.* Quæ actiones contrariæ ſunt; nam actio in ſolidum eſt contraria actioni noxali: In illa, Dominus contra quem agitur, eſt conſcius, in iſta eſt inſcius. Ita quoque ei, qui cœpit vindicare, licitum ſit recurrere ad interdictum uti poſſidetis, quamvis hæc judicia contraria ſint; nam reivindicatio arguit poſſeſſionem eſſe apud reum, interdictum uti poſſidetis arguit e contrario poſſeſſionem eſſe apud actorem, *l. naturaliter* §. *nihil commune ff. de acq. poſſeſſ.*, ut latius ibi a nobis explicatum eſt.

Quæritur tamen I. de parte controverſiæ, & judicii, in qua emendatio, & mutatio fieri poſſit. Et quidem Joan. hic uſque ad litis conteſtationem permitti docet. Sequuntur Bart. Bald. cum Fachinæo 11. *contr.* 92. & 95. ex textu in *l. ult. C. de plus petitionibus*; ubi qui plus petiit, totius debiti cauſa mulctatur, niſi ante litem conteſtatam, errorem ſuum corrigat. Et ex *l. non poteſt ff. de judiciis*, ubi dicitur non poſſe videri deductum in judicium, quod accidit poſt judicium acceptum, & ideo nova inſtantia opus eſſe.

Et ratio eſt, quia cum actio edita emendatur, vel mutatur, opus eſt editione nova, per quam emendatio, vel mutatio inſinuetur adverſario, exemplo ſcilicet prioris editionis, cum poſterior priori ſubſtituatur. Ergo ſicut prior editio litis conteſtationem præcedit, ita & hæc poſterior. Unde fit, ut non debeat mutari, vel emendari actio, niſi ante litis conteſtationem, ut hic Cujacius monet.

Joanni tamen contrarius fuit Martinus, qui utrumque ad ſententiam uſque permiſit, cui adhærent Alciatus, & Donellus tum hic, tum 23. *comm.* 9. Vaconius 6. *declarat.* 89. Gonzalez in *cap. examinata n.* 10. *de cauſa poſſeſſionis*.

Viſum eſt Cujacio utramque ſententiam adhibita diſtinctione ad concordiam revocare, ſcilicet ut regula ſit, ante litis conteſtationem, non poſt, mutationem & emendationem licitam; nonnumquam tamen Prætorem ex cauſa permittere utrumque poſt litem conteſtatam. Nihilominus verius puto ita diſtingui, ut licitum ſit emendare & mutare uſque ad ſententiam: Prætori tamen jus eſſe ex magna juſti erroris cauſa permittere etiam poſt ſententiam.

Et quidem hic diſtinguendum eſſe inter jus ordinarium, & arbitrium Prætoris, palam eſt in noſtra *l.* 3. ibi: *Prout edicti perpetui monet auctoritas, vel jus reddentis decernit æquitas*; nam duo diſtinguit, legem, ſive edictum a Salvio Juliano compilatum, & Prætorem, ſeu Judicem, cui ex juſta cauſa legem temperare licet. Nec opus eſt cum Cujacio legere *Decernet*, quia etiam legendo, *Decernit*, verba ſatis clara ſunt; cum ſæpe tempus pro tempore uſurpetur. Hæc generatim, nunc partes ambas noſtræ diſtinctionis probemus oportet.

Prior pars eſt, licitum eſſe actionem editam emendare, & mutare uſque ad ſententiam.

Et probatur I. ex *d.* §. *ſi quis aliud*, *Inſtitutionib. de actionibus*, ubi Juſtinianus ſermonem primo inſtituit de emendatione, veluti ſi quis aliud pro alio intendat: tum de mutatione, ut ſi quis ex teſtamento ſibi dari oportere intendat, quod ex ſtipulatu debetur; & utroque caſu indiſtincte concludit: *In eodem judicio cognita, errorem ſuum corrigere ei permittitur*. Ait in *eodem judicio*, ideſt uſque ad ſententiam, quæ judicium concludit; *l.* 4. §. *ult. ff. de noxalibus*, ibi: *Abſolutione facta, & finito judicio*. Et longe aberrat a vero Joann. qui in *eodem judicio* interpretatur coram eodem Judice, quam interpretationem recte reprehendit Cujacius; qui tamen & ipſe labitur, dum in *d.* §. *ſi quis aliud*, ait emendationem, & mutationem

nem

nem permiſſam ex æquitate judicantis: quod omnino gratis affirmatur, neque de hac re ulla in eo textu mentio fit.

II. Ex eadem *l.4.* §. *ult.* ubi *donec prius judicium agitatur*, licentia eſt agenti pro ſolido, ſi eum pœniteat, ad noxalem cauſam tranſire: & e contrario qui cœpit agere de noxali, in *eodem judicio* agere pro ſolido non eſt prohibendus. Secus vero finito judicio. Qui textus eſt clariſſimus.

III. Ex *l. cum fundum* §. *ult. ff. de vi & vi arm.* ubi qui fundum vindicavit, pendente judicio nihilominus interdicto unde vi agere poteſt. Et *pendente judicio* idem eſt, quod *in eodem judicio*, vel donec prius judicium agitatur; quidquid Granata, & Fermoſinus in *cap. paſtoralis*, *de cauſa poſſeſſionis*, velint, dum interpretantur uſque ad concluſionem.

Probatur ultimo ratione, quia Prætoris Edictum de emendatione, & mutatione actionis, ante conteſtationem neceſſarium non erat actori, qui poterat ante litem a litigando impune decedere: quamvis deinde id Juſtiniano immutatum ſit in *auth. qui ſemel C. quomodo & quando Judex*: at eidem neceſſarium erat poſt conteſtationem, ut ſi litem jam inſtitutam deſerat, inſtante reo, poteſt cogi, ut in lite uſque ad ſententiam perſiſtat, niſi in Eremodicium incidere velit, *l. ait Prætor.*, alias *l. etſi* §. *item in eremodiciis ff. de minoribus*, *l. properandum* §. *etſi quidem C. de judiciis*; quippe eremodicium eſt deſertio litis conteſtatæ, ut definit Cujacius in *d.* §. *etſi quidem*, & Goveanus 1. *lect.* 40. contra Budeum in *l.* 2. §. *vindicias ff. de orig. juris*. Cujus pœnæ ſunt: I. ut poſſit Judex diſceptare non præſente actore; quod etiam ſingulariter receptum eſt in cauſa appellationis, *l. ult. ff. ad Trebell. l. ult.* §. *illud ff. de temporibus appellationum*. II. Ut ſi facta diſceptatione cauſæ, vincat abſens & contumax, reddat omnes ſumtus litis victo, contra regulam juris, quæ vult victum actori condemnari impenſarum nomine. Vide in *d.* §. *etſi quidem*, & in §. *omnem*, *auth. de litigioſis*. Hinc oriebantur anguſtiæ actoris, qui in proponenda actione lapſus eſt; alterutrum enim non poterat effugere, vel ut proſequendo litem ſuccumberet ob errorem admiſſum: vel ut eam deſerendo, incideret in eremodicium. Huic malo neceſſe fuit, ut obviam iret Prætoris Edictum, permiſſa actori emendatione, vel mutatione actionis. Itaque olim ſolum lite conteſtata opus actori erat Edicto Prætoris, hodie etiam ante: quapropter eo, ante & poſt litem conteſtatam, uti poterit.

Poſterior pars eſt, Prætori ex magna juſti erroris cauſa licere, mutationem & emendationem permittere etiam poſt ſententiam, etiam finito judicio. Id palam fit ex Juliano in *l. hujuſmodi* §. *qui ſervum*, *in fine ff. de legat.* 1. Species eſt, legatus eſt mihi Stichus, & ego inſcius legati, eundem hominem ab herede emi, & pretium dedi. Deinde herede moras nectente, nec tradente Stichum cum herede, eodemque venditore, egi judicio ex emto. Si judicio peracto comperiam, Stichum mihi fuiſſe legatum, agere ex teſtamenro poſſum, alio ſcilicet judicio, & alia actione. Et heres non aliter abſolvitur, quam ſi pretium reſtituerit, & hominem meum fecerit. Ceterum quod prius judicium ex emto abſolutum & finitum fuerit, cum ex teſtamento agere cœpi, conſtat ex illis verbis: *Quod ſi judicio ex emto actum fuerit:* quæ tempus præteritum demonſtrant, & judicium finitum. Et recte Acc. ibi verba *Et agam ex teſtamento*, interpretatur, *Alio judicio*, *& alia actione*. Id autem factum eſt, quia magna ſubeſt juſti erroris cauſa. Idipſum habetur ex *l.3.* §. *ult. ff. quod cum eo*, & *l. habebat ff. de inſtitoria act.*

Nec contraria obſtant. Nam textus in *d. l. ult. C. de plus petitionib.* cum ait, ante litem conteſtatam, non etiam poſt, licere libellum mutare, loquitur non de errore, ſed de dolo & machinatione. Et ſpecies eſt: Debes mihi centum, ego per dolum, & calliditatem extorqueo a te cautionem de ampliore pecunia, puta centum viginti. Deinde ex hac cautione ago tecum. Juſtinianus duos caſus diſtinguit: aut ante inchoatam litem me pœnitet calliditatis, & confiteor debiti veram quantitatem, nullo diſpendio, aut pœna afficior. Aut patior litem conteſtari, & permanens in malitia arguor de falſa quantitate; & non ſolum ea, ſed toto debito fraudor. Eſt ergo caſus ſingularis, cum dolus adeſt, quo mutatio, vel emendatio libelli non niſi ante conteſtationem permittitur. Nobis autem ſermo eſt non de dolo, ſed de errore. Et ita

poſt alios tradit Oſualdus ad Donellum *lib.* 22. *cap.*9. *lit.*I.

II. Textus in *d. l. non poteſt ff. de judiciis*, ſermonem habet, cum alia res eſt, quæ accidit poſt litem conteſtatam, & fatemur hanc nova inſtantia opus habere. Et ſumendum eſt exemplum ex *l. Attejus*, alias *Antæus*, *in fine ff. de aqua pluvia*; ubi ſi egero aquæ pluviæ arcendæ de opere præterito, & poſt litem conteſtatam aliud opus fiat: de hoc opere novo neceſſe erit aliam actionem inſtitui, quoniam alia res eſt, ſeparata a præſenti judicio, orta de novo poſt conteſtationem.

III. Ad rationem a Cujacio productam, fatemur emendata, vel mutata actione, eſſe opus nova editione, & hanc ſubſtitui in locum prioris editionis; at negamus, inde ſequi emendationem vel mutationem, fieri ante conteſtationem debere. Ob ſpecialem ſcilicet rationem, quia hoc auxilio Prætoris non indiget, niſi conteſtata jam lite, ut expoſitum jam eſt.

Supereſt inquirendum de ſententia Accurſii in noſtra *l.* 3. dum docet, hodie ubi reus legitime citatus eſt, nunquam nec etiam ante conteſtationem licitam eſſe mutationem ex *auth. qui ſemel C. quomodo & quando Judex*, quæ deſumta eſt ex §. *omnem*, *auth. de litigioſis*, ubi habetur eum, qui ſemel actionem inchoavit, & eam edidit, neceſſe habere uſque ad finem litem exercere. Quod tamen nihil nos movet; nam nullus ibi de mutatione aut emendatione ſermo eſt, ſed ſolum de contumacia, ut ſcilicet litem inſtitutam actor ne deſeret, quam utique actor non deſerere, dicitur cum actionem mutat, vel emendat: aliter de contumacia damnari poſſet: quod eſt falliſſimum, ut omnes conſentiunt.

Hæc de tempore emendationis, & mutationis actionis. Agit etiam hic Accurſius de cumulatione, de qua diximus in *l. naturaliter* §. *nihil commune ff. de acq. poſſ.*

Quæritur II. quoties actionem mutare, vel emendare liceat? Et non una eſt Doctorum opinio, de quibus habemus apud Cæſarem Coſtam 1. *ambig.* 42. Placet, ut dicamus, ſemel tantum licere, ut docuit Baldus in *l. fin. col.*3. *C. de codicillis.* Quod palam fit argumento ex poſteriori Prætoris Edicto de edendo in 6. §. *Prætor ait ff. eod.* ubi ſi argentarius iterum ſibi edi poſtulet rationes ſuas, Prætor ait, ſe cauſa cognita iterum edi juſſurum. Quæ clauſula deeſt in priori edicto de edendo, de quo agimus; quapropter ex eo non niſi ſemel emendare & mutare licebit. Nam ſi ut iterum poſſet edi, neceſſe fuit, ut id nominatim a Prætore impertiretur, aliter argentario non niſi ſemel ederetur; conſequens eſt, ut ibi Prætor id nominatim non eſt impertitus, de unica vice capiatur.

Firmatur id ratione; quia legis diſpoſitio ſi non aberrat a regulis juris, non intelligitur de prima vice: ſecus vero ſi ſola æquitate nitatur, niſi aliter expreſſum ſit, poſt alios Barboſa in *l.* 1. *part.*4. *num.* 140. & *ſeq. ff. ſol. matrim.* qui inde docet, patrem, qui ex juris regula, ad filiam dotandam adſtringitur, cogi eandem iterum dotare, ſi dote amiſſa, iterum nubat, *auth. quod locum C. de collationibus*: non ita in fratre, qui ex æquitate tantum tenetur, & eapropter ad iterum dotandum non cogetur, & legis diſpoſitio intelligetur de prima vice. Quoniam ergo jus emendandi, mutandive actionem, ex Prætoris æquitate actori conceſſa eſt, *l.* 1. *in princ. ff. eod.* inde fit, ut non niſi ſemel tantum liceat.

Neque I. obſtat, quod Bolognettus hic objicit, appellare bis licere, ut in *tit. C. ne liceat tertio provocare*; ergo etiam bis emendare, & mutare: dicimus enim id contra Bolognettum facere; nam ideo licet ſemel & iterum provocare, quia id nominatim eſt a Juſtiniano conceſſum, & ex ejus beneficio eſt, ut qui a Duumviro appellavit ad Præſidem Provinciæ, poſſit a Præſide appellare ad Præfectum Urbi; alioquin ei non licuiſſet, niſi ſemel tantum appellare, non iterum, ut conſtat ex *C. Theod. l.*1. *de poſſ. ab eo qui iterum provocavit transferenda*. Quod edixit etiam Alaricus Italiæ Rex apud Caſſiodorum *lib.*9.

Neque II. obſtat, quod Cæſar Coſta ait, in noſtra *l.* 3. dici, *prout jus dicentis decernit æquitas*, ex quibus colligit, id totum ex Judicis arbitrio pendere; reſpondetur enim, hæc verba, non ad numerum referri, de quo nihil in eo textu, ſed ad tempus, ut ex dictis conſtat.

Qui-

Digitized by Google

Quibus caſibus reus edat actori.

DISCUSSIO II.

Regula eſt, reum actori ad ſuas rationes, aut ſua inſtrumenta, actori edenda non compelli, cum nulla actio neque directa utilis eo nomine actori competat, *l.* 1. C. *eod.* & vulgo dicitur, arma non eſſe petenda e domo rei, *cap.* 1. *de probationibus*, *l. nimis grave C. de teſtib.* Hinc actore non probante, reus obtinet, quamquam nihil ipſe præſtiterit, aut probaverit, aut titulum non ediderit, *l.* 4. *C. eod. l. cogi C. de petit. hered.*

Dices: jus debet eſſe æquabile inter actorem, & reum, *l. ult. C. de fructib. & litium expenſis*: cur ergo cogitur actor edere reo, non contra?

Reſpondet Imperator Alexander in *l. ult. C. eod.* hic rationem non pati æqualitatem; tum quia æquum non eſt, ut ſubveniatur actori, qui ſponte in judicium veniens, venire debet inſtructus & paratus, *l. qui in alterius ff. de reg. juris*: at contra ſubveniendum eſt reo, qui invitus in judicium venit, & præter ſpem venit non inſtructus, *l.* 2. *C. de dilationibus*. Tum etiam, quia æquitas poſtulat, ut ſit favorabilior reus, quam actor; ob quam cauſam actor non utitur pluribus actionibus, reus utitur pluribus defenſionibus etiam diverſis, *l.*43. *ff. de reg. juris*: & accuſator abſens damnatur, non item reus, *l. abſentem ff. de pœnis*: & olim duæ dabantur accuſatori horæ, reo tres, Dio *lib.*39. Cum ergo edictum de edendo totum in æquitate fundetur, *l.*1. *ff. eod.* inde æquitate ſuadente factum eſt, ut actor edat reo, non contra.

Ex hac tamen regula nonnulli excipiuntur caſus. I. Fiſcus actor ex privilegio D. Adriani poteſt reum compellere ad edenda inſtrumenta, quæ ſecum faciunt, quoties ſcilicet de jure capiendi (ideſt uſucapiendi) vel de jure dominii, vel de alia cauſa ſimili rei pecuniariæ quæritur, *l.* 2. §. *Divus*, *cum ſeq. ff. de jure fiſci*. Ita ſi quis privatus a tranſeuntibus exigat pro tranſitu pontis vectigal, vel pro tranſitu fluminis portorium, conventus a fiſco, cogitur edere titulum; nam jura exigendi hæc vectigalia de regalibus ſunt, & nemini privato competunt, niſi ei, cui fiſcus conceſſerit, *cap. un. quæ ſint regalia, in uſibus feudorum*, ubi DD. Ita etiam delatori bonorum vacantium cogitur poſſeſſor edere inſtrumenta, quæ cum fiſco faciunt, *l.* 3. *ff. eod.*

Hoc fiſci privilegium ita interpretatum eſt a Divis Fratribus, ut locum habeat ſolum ſi *de re nummaria quæſtio ſit*, ceſſet vero ſi *de capitali cauſa agatur*, ut dicitur in *d. l.* 2. §. *item Divi*. Quæ verba varie explicantur; nam Fermoſinus in *cap.* 1. *de probationibus*, *q.* 5. *num.* 5. cauſam capitalem large pro omni cauſa criminali accipit. Pacianus vero *de probationibus*, *cap.* 63. *a num.* 65. intelligit de ea criminali cauſa, ubi corporalis pœna irrogatur, non etiam cum pœna eſt pecuniaria, ſive mulcta fiſco applicanda. Quæ interpretationes non facile recipiendæ ſunt; nam in jure noſtro conſtat cauſam capitalem dici eam tantummodo, ubi damnato vel mors vel etiam civitatis amiſſio, vel ſervitus contingit, *l.* 2. *ff. de pœnis*.

Non dubium tamen eſt, in cauſa capitali, accuſatorem, vel Judicem, ſi inciderit in rationes ejus privati, qui criminis reus poſtulatus eſt, poſſe ex iis probationem deducere, & condemnationem facere. Quod Cujacius hic in *l.* 1. confirmat ex Aſconio in *Pretura Urbana*, cum ſcribit, moris olim fuiſſe, ut accuſator peteret obſignari domum ejus, quem accuſaturus erat, ne quæ inditia criminis inde a reo amoverentur.

Sunt qui putant, hoc fiſci privilegium de cogendo reo ad edendum, tranſire a fiſco ad publicanos, ſeu ad conductores vectigalium, ut refert Laſarte *de decima venditionis*, *cap.* 18. *num.* 13. Verius tamen eſt, privilegium eſſe conceſſum non cauſæ, ſed perſonæ, nec a fiſco ad alium transferendum, Fermoſinus *d. quæſt.* 5. *num.* 6. Vide de his omnibus Turaminum ad *d. l.*2. §. *divus*.

II. Inſtrumenta actoris propria, reus actori edere compellitur actione ad exhibendum, *l.* 3. *ff. ad exhibendum*: imo actor, ſi velit, reivindicare poteſt; nam quod meum eſt, jure meo peto, *l.* 1. *ff. de reivind.* Ita quoque inſtrumenta, quæ quaſi actoris propria ſunt, reus ad edendum compellitur: quare tutor conventus a pupillo, procurator a Domino, tenentur edere ſcripturas, quæ pupilli, vel Domini nomine confecerunt, per actionem tutelæ, vel mandati, *l. quædam, ff. eod.*

Digitized by Google

III. Legatarius, qui agit ex teſtamento, recte petet ab herede ſibi edi, exhiberive tabulas teſtamenti. Petet autem vel Interdicto de tabulis exhibendis, vel extra ordinem per Prætorem ex *tit. quemadmodum teſtamenta aperiantur*. Quæ duo longe diſtant; nam I. ſi neget heres ſe tabulas habere, legatarius aget ex interdicto: ſi heres non neget, legatarius aget extra ordinem, *l.* 2. *§. pen. ff. quemadmodum teſtamenta*. II. ex interdicto fit condemnatio in id, quod intereſt: at extra ordinem, heres cogitur omnino edere, *d. l.* 2. *§. ult.* Et ita hos titulos *de tabulis exhib.* & *quemadmodum teſtamenta* diſcriminatur Cujacius hic in *l.* 1. Pichar. *§. in ſumma, Inſtit. de interdict.*

E contrario legatario agente, non recte ab eo deſiderat heres, ut proferat tabulas teſtamenti, ex quibus agit, ut latius ſupra dictum eſt.

IV. Communia utrique parti inſtrumenta reus actori edere cogitur, *l.* 4 *§. fin. ff. fam. erciſc. cap. P. perpetuus, cap. contingit, de fide inſtrum. cap.* 1. *de probationibus*. Nam quod commune eſt, vere meum eſt, *l. in re communi, ff. de ſervit. urb. l. illud ff. de ritu nuptiarum*. Et quod meum eſt, jure meo vindico, vel exhiberi peto, ut proxime diximus. Communia vero dicuntur inſtrumenta emtionis, locationis, & ſimilia, *l. Prætor ait, v. hujus edicti ff. eod. d. cap.* 1. *de probationibus*; vel etiam ratione materiæ, ſeu chartæ: quare ſi reus habeat inſtrumentum, & illud ſit originale, edere cogetur, quia eſt commune non ſolum gratia utilitatis, ſed etiam chartæ, Balboa in *d. cap.* 1. *num. ult.* Hinc ergo mercatores tenentur ad edendas ſuas rationes, cum ipſorum libri utrique parti communes cenſeantur, DD. hic in *l.* 1. & in foro receptum teſtatur Fermoſinus in *cap.* 1. *de probationibus*, *q.* 6. *n.* 9. quamvis contrarium cum Baldo & Decio ſentiat Fachin. 31. *controv.* 89.

V. Generatim reus officio Judicis ex juſta cauſa compelli poteſt actori edere privatas & domeſticas rationes, ut hic in *l.* 1. illis verbis: *Nam quod deſideras, ut rationes ſuas adverſaria tua exhibeat, id ex cauſa ad Judicis officium pertinere ſolet*. Quod ſumtum eſſe videtur ex *l. pen. §. ult. ff. ad leg. Falc.* Ita pariter ubicumque Judicem æquitas moverit, adverſarius interrogari poteſt, & ad id, quod interrogatus fuerit, reſpondere compellitur, *l. ubicumque ff. de inter. actionib.* Exempla varie a DD. in ſpecie noſtra apponuntur. Cujacius quidem, ſi reus inſtrumenta dicatur ſubtraxiſſe, & malitioſe ſuppreſſiſſe, ut verum aliter inveniri non poſſit, Judex ex officio rationum editionem a reo extorquebit, *l.* 2. *§.* 1. *ff. de jure Fiſci*. Ab aliis vero ita, puta exemplar inſtrumenti eſt apud reum, & protocollum tabellionis eſt deperditum, officio Judicis reus ad edendum compelletur, ut ex forenſi praxi docent Balboa *loc. cit.* Pacianus 1. *de probationibus* 65. *num.* 107. Burgos de Paz *qq. civilium* 5. Fermoſinus *loc. cit. qu.* 4. *num.* 7.

Nonnullorum ſententia eſt, reum cogi etiam eas rationes edere, quibus actor fundet ſuam replicationem; quaſi in ea actor vice rei fungatur. Quod optimo jure rejicitur a Cujacio in *l.* 4. *C. eod.* nam replicatio eſt in vicem actionis: quippe replicatio nihil aliud eſt, quam exceptio, & qui excipit pro actore habetur, *l.* 1. juncta *l.* 2. *§.* 1. *ff. de exceptionibus*.

De poſteriori Edicto.

VErba Edicti: *Argentariæ menſæ exercitores rationes, quæ ad ſe pertinent, edant, adjecto die, & conſule, l. Prætor ait ff. eod.* Exercitores hi dicuntur etiam ſimpliciter *Argentarii*, & ſunt qui Romæ in foro menſas expoſitas habebant: qua ex re menſariorum etiam, & trapezitarum nomen acceperunt. Et aliquando pecunia accipi ſolita eſt, ex domo, ſeu arca ipſorum, *l. lecta ff. de reb. creditis*, *l. quidam ff. de conſtit. pecunia*: aliquando alii dabant pecunias argentario fœnori locandas, quas argentarius ſe ſoluturum conſtituebat, atque in rationum libros id referebat, *l. ſi quis ex argentariis §. rationum ff. eod. Novell.* 136. *de argentariorum contractibus*. Ita quoque heres, qui hereditatem erat venditurus, per argentarium eam venditionem faciebat, *l. item vendendum ff. de petit. hered.* Vide latius Alciat. 8. *parerg.* 19. Sigonium 2. *de antiquo jure Civ. Rom.* 11. Cujac. 10. *obſ.* 14. *& ad rubr. C. hoc tit.*

Ex ſecundo itaque edicto Argentarius ſuas edere rationes cogitur, quod æquiſſima ratione conſtitutum eſt, quia quod mei cauſa factum eſt, meum quodammodo videtur, *d. l. Prætor ait*. Et tria inter primum & ſecundum

dum

Digitized by Google

dum edictum diſcrimina interſunt.

I. Quia Edictum primum agit de editione facienda ab uno ex collitigatoribus alteri, ut nimirum actor edat reo, & aliquando reus actori. Secundum vero agit de editione facienda a tertio, ideſt ab argentario, quamvis ipſe in numero litigantium non ſit, ut conſtat ex *d. l. Prætor ait*.

II. Quia ex primo Edicto jubet Prætor inſtrumenta litis non authentica, ſed exempla, edi ſine die, & conſule: at ex ſecundo editio fit cum die, & conſule. Ratio eſt, quia prior editio fit ſolummodo ad inſtruendam partem adverſam: poſterior ad probandum; & niſi editio ſit authentica, non probat, *l. 2. ff. de fide inſtrumentorum*, *l. 3. C. de div. reſcr.*

III. Quia ex primo Edicto actor ſi edere nolit, non compellitur; ſatis enim eſt Prætori a lite ceſſari, in pœnam. At ex ſecundo edicto, argentarius omnino compellitur rationes edere; ita enim verbum illud Prætoris, *Edunt*, interpretatur Ulpianus in *l. Prætor §. 1. ff. eod.*

Conveniunt vero in hoc, quod ab argentario editio rationum fit etiam poſt litem conteſtatam, *l. argentarius §. ult. ff. eod.* quod ipſum etiam ex primo edicto jam ſupra probatum eſt.

Subdit deinde Prætor: *Argentario, cive, qui iterum edi poſtulaverit, cauſa cognita edi jubebo*, *l. ſi quis ex argentariis*, *§. ult. ff. eod.* Ubi tertium diſcrimen inter utrumque Edictum proponitur: quippe ex primo Edicto ſemel tantum editio fit, ex ſecundo iterum, ut jam diximus.

Adſimiles nonnihil argentariis ſunt noſtrorum temporum Camſores, & Tabelliones, qui propterea coguntur edere partibus inſtrumenta, & rationes, quæ, quasve confecerunt, Bartolus in *l. fin. num. 4. ff. de tab. exhib.* Pacianus 1. *de probationibus 64*. Quæ obligatio tabellionis tranſit etiam ad heredes ad quos authentica & protocolla defuncti pervenerunt, Bartolus & Caſtrenſ. in *l. quadam §. nihil ff. eod.* Decius, & Balboa in *cap. 1. de probationibus*. Et conſtat ex *d. l. ſi quis ex argentariis §. 1.*

Hinc etiam factum, ut acta publica, quæ ſunt in Archiis publicis memoriæ perpetuæ cauſa, tam civilia, quam criminalia, poſſunt juſſu Judicis ab omnibus inſpici, ad inveſtigandam veritatis fidem, *l. 2. C. eod.*

Quæres I. an tertius, qui argentarius, eique ſimilis non ſit, cogatur edere inſtrumenta, & rationes, quas habet? Ut finge, lis eſt inter Titium & Cajum, an Titio petenti cogat edere inſtrumenta, quæ habeo adverſus Cajum? Edidit de hac re Juſtinianus Conſtitutionem, quæ deſideratur in *tit. C. de fide inſtrumentorum*, & cujus meminit Juſtinianus ipſe in *Edicto IX.* In ea ſtatuitur, ut cogatur quiſque edere inſtrumenta, quæ habet adverſus alium duplici ratione, primo, quia etiam invitus cogitur teſtimonium dicere: ſecundo quia valde iniquum eſt, ut non edat, quod alii eſt utile, & ſibi nociturum non eſt, *l. 2. §. item verus ff. de aqua pluvia*. Itaque id verum eſt, ſi modo ipſe non lædatur: quod ſi juret, ſe non poſſe edere ea inſtrumenta, ſine damno rei ſuæ, excuſabitur. Hanc Conſtitutionem recitat Cujac. 10. *obſerv.* 8.

Quæres III. Qua actione hæc editio ab argentario extorqueatur? Et dicimus hic cum Cujacio in *rubr.* Si non edat, teneri actione in factum, in id, quod intereſt, *l. quidam §. nummularios*, *l. ult. ff. eod.* Nec obſtat textus in *d. l. ſi quis ex argentariis §. pertinere*, ubi argentarius ſine mandato rationes conficere non debet; reſpondetur enim non ſemper ſequi, mandatum eſt, ergo actio mandati competit: nam ſi cum ſervo mandante domino contraxi, dominus non tenetur actione mandati contraria, ſed quod juſſu, *l. 1. cum duab. ſeqq. ff. quod juſſu*. Ita quoque tertius, qui argentarius non eſt, ſi non edat, nec juret, tenebitur actione in factum in id, quod intereſt, Cujacius in *d. l. 4. & ſeqq.*

DO

Digitized by Google

DOMINICI AULISII

JC. CLARISSIMI

De Tranſactionibus.

Ad Lib. II. Cod. Tit. IV.

RECTE poſt tractatum de Pactis, tam in Digeſtis, quam in Codice, de Tranſactionibus agitur, cum omni tranſactioni pactio inſit, quaſi genus; commode enim a genere ad ſpeciem pervenitur. Unde factum eſt, ut aliquando pactionis nomen per tranſactionem ponatur, ut ex Cicerone notat Cujac. 12. *obſ.* 30. In C. Gregoriano, & Hermogeniano commiſtim uno titulo & de genere, & de ſpecie agitur, ideſt de Pactis, & Tranſactionibus.

Itaque tranſactio pactum eſt, non contractus, & a contractu ſeparatur in *l. contractus C. de fide inſtrumentorum*: propterea cum ſimplex eſt, ſolo pacto inita, non extinguit actionem, licet eam exceptione pacti elidat: at actionem extinguit, ſi fiat per Aquilianam ſtipulationem, & acceptilationem, *l. ſi ſuperſtite C. de dolo*; nam pacta de jure civili efficacia ſunt, ſi eis ſtipulatio addatur. Unde illud Pauli conſilium 2. *ſent.* 22. *Omnibus pactis ſtipulatio ſubjici debet*, *ut ex ſtipulatu actio naſci poſſit*. Et Ulpianus notat fere noviſſima parte pactorum ita ſolere inſeri, *Rogavit Titius*, *ſpopondit Mævius*, *l. juriſg.* §. *quod fere ff. de pact.*

Eſt autem tranſactio ad commune Reipublicæ bonorum introducta; litigatores enim tranſigendo a lite diſcedunt; & publice intereſt lites dirimi, *l. ult. ff. pro ſocio*, *l. quidam* 21. *ff. de reb. creditis*. Hinc leges omni ſtudio & favore tranſactionem proſequuntur, quam prætextu inſtrumenti poſtea reperti reſcindi nolunt, *l. quamvis C. eod.* nec contra eam Imperiale reſcriptum recte impetratur, *l. cauſas* 16. *C. eod.* & latius infra.

Ex quibus definitio tranſactionis colligi poteſt, quæ ita habet,

Deſunt multa in Autographo.

An

Digitized by Google

An cognitio de alimentis tranſigendis delegari poſſit?

Ad l. de alimentis C. de tranſactionibus.

QUÆSTIO I.

CUm hi, quibus alimenta fuerant relicta, facile tranſigerent, contenti modico præſente, ideo D. Marcus Oratione in Senatu recitata effecit, ne aliter tranſactio alimentorum rata eſſet, quam auctore Prætore facta, *l. cum hi, in princ. ff. de tranſ. l. de alimentis C. eod.* Hæc oratio appellatur Senatuſconſultum in *l. eleganter ff. de condict. indebiti*; nempe quia poſt orationes Senatuſconſulta ſequebantur, *l. oratione ff. de ritu nupt.* Ita oratio D. Severi de prædiis minorum ſine decreto non alienandis, de qua in *l. 1. in princ. ff. de reb. eorum*, vocatur quoque Senatuſconſultum in *l. quamvis, cum ſeq.* & in *l. non fit ff. cit. tit.*

E contrario Senatuſconſultum Orphicianum, quod temporibus D. Marci factum eſt, *tit. Inſt. de Senatuſc. Orph. in princ.* D. Marci oratio nuncupatur in *l. pen. ff. ad Tertull.*

Quæritur modo, utrum hæc cognitio competat Prætori jure Magiſtratus, & an delegari poſſit?

Pro reſponſione, oportet meminiſſe, circa ea, quæ mandari, & delegari poſſunt, regulam a Papiniano tradi in *l. 1. in princ. ff. de offic. ejus*, his verbis: *Quæcumque ſpecialiter lege, vel Senatuſconſulto, vel Conſtitutione Principum tribuuntur, mandata juriſdictione non transferuntur: quæ vero jure Magiſtratus competunt, mandari poſſunt.*

Ubi jure Magiſtratus ea competere dicuntur, quæ fuerunt illi tributa, quo primum tempore Magiſtratus conſtitutus fuit, quæque dicuntur etiam competere non lege, ſed more, ſeu more majorum, aut etiam jure ſuo. Exemplum eſto: Prætor gratia juriſdicundi fuit Romæ introductus, *l. 2. §. cumque Conſules ff. de orig. juris*: & huic officio, ex quo conſtitutum fuit, data eſt juriſdictio; eapropter juriſdictio competit Prætori jure Magiſtratus, ſeu more majorum, *l. pen. ff. de juſtitia & jure*, ſeu, quod perinde eſt, jure ſuo, *l. more ff. de juriſdict.* Et hoc eſt, quod dicitur Magiſtratum habere juriſdictionem propriam, *l. cognitio, in princ. ff. de officio ejus.*

Cetera enim, quæ deinde Magiſtratui acceſſerunt vel lege, vel Senatuſconſulto, vel Conſtitutione, ea dicuntur ſpecialiter tribui, vel etiam tribui nominatim, *l. muto §. tutoris ff. de tutelis*. Ut exempli gratia eſt merum imperium, quod dari lege dicitur in *d. l. 1. §. qui mandatam, verſ. verius ff. de officio ejus.*

Quod attinet ad Magiſtratus Provinciales, quibus dabatur juriſdictio ad ſimilitudinem urbanorum, ut Proprætori, Proconſuli ad exemplum Conſulis, & Prætoris, *l. ſi in aliquam §. ult. ff. de officio Proconſul. l. de omnib. cum ſeq. ff. de officio Præſidis*, ſciendum eſt, ipſis juriſdictionem dici competere a lege, ut e. g. Proconſuli conceſſum eſt dandi judicis lege, *l. cum Prætor §. lege ff. de judic.* & nihilominus non dici competere ſpecialiter, aut nominatim, ſed jure Magiſtratus, *d. l. ſi in aliquam §. ult. d. l. de omnibus cum ſeq.* Nempe quia cum quærimus, an id, quod Magiſtratus facere poteſt, ſit ei ſpecialiter tributum, an vero competat jure Magiſtratus, ad urbanos reſpiciendum eſt, utpote a quibus jura Provincialium æſtimantur; unde, quæ urbanis competunt more, ſive jure Magiſtratus, dicuntur eo quoque jure competere provincialibus, non obſtante, quod lege, vel conſtitutione deputentur, Petrus Faber in *l. nemo poteſt ff. de reg. juris*: ita, quæ urbanis competunt principaliter, provincialibus dicuntur deferri lege, ut intelligendus eſt textus in *l. & quia ff. de juriſd.* ut recte explicat Cujac. in 2. *lib. Pauli ad Edictum*, & in *d. l. more*. Late Bellonus *de mandata juriſdict. cap. 2. q. 1. num. 33. & ſeqq.*

Præterea quæ fuerunt Edicto Prætoris introducta, ut in integrum reſtitutio, etiam jure Magiſtratus competere dicuntur, ut quæ dici non poſſunt lege, vel Senatuſconſulto, vel Conſtitutione Principum nominatim tributa, ut docent Alciatus in *l. imperium, num. 222. ff. de juriſd. & 2. Parad. 1. num. 5.* Vaconius *6. decl. 79. num. 4.* & Eguinarius *1. var. qq. fol. 39.*

Ex his igitur omnibus, quæ jure Magiſtratus competunt, mandari poſſunt: quæ vero ſpecialiter tribuuntur, nec mandari poſſunt, nec mandata juriſdictione transferuntur,

ut

ut in *d. l.* 1. Nempe quia illa Magiſtratus habet jure ſuo, hæc vero habet beneficio alieno, id eſt Populi, vel Senatus, vel Principis, quaſi ſcilicet vicem ipſius gerens, & proinde alteri mandare non poteſt, *l. ult. ff. de officio ejus*, Bellonus *cap.* 8. *quæſt.* 1. *num.* 30. *& ſeq.*

His ita poſitis; ad quæſita reſpondere facile eſt. I. enim dicimus, cognitionem Prætoris de alimentis tranſigendis non ipſi competere jure Magiſtratus, ut male cenſuit Donellus 17. *comm.* 8. ſed competere lege, cum illi ſpecialiter & nominatim fuerit Oratione D. Marci tributa, *d. l. cum hi, in princ. ff. de tranſ.* ſive Senatuſconſulto, quod eam orationem ſequutum eſt, *l. eleganter* §. *item ſi ff. de condict. indebiti*. Ita Gloſſa in *l.* 1. *in princ.* ubi DD. communiter, *ff. de offic. ejus*, Petrus Faber in *d. l. nemo poteſt*, Briſſonius 5. *de formul. ſol.* 461. Cujacius in *lib.* 1. Pauli ad Edictum in *l. ubicumque ff. de reg. juris*.

II. Hanc cognitionem a Prætore mandari non poſſe, nec mandata juriſdictione transferri, *d. l. cum hi* §. *ſed nec mandare ff. de tranſact.* Hotom. 7. *obſerv.* 4. Idem Donellus *loc. cit.*

Simile eſt, quod ſtatutum reperitur de cognitione cauſæ, quæ requiritur in alienatione prædii minoris. Nam Oratione D. Severi in Senatu recitata, prohibitum eſt tutoribus, & curatoribus, ne prædia ruſtica, vel ſuburbana diſtrahant ſine decreto Prætoris, *l.* 1. *in princ. ff. de reb. eorum*. Hanc igitur cognitionem non habet Prætor jure Magiſtratus, ſed beneficio prædictæ conſtitutionis, quæ nominatim illi talem cognitionem injunxit, his verbis: *Prætor urbanus vir clariſſimus adeatur, qui pro ſua religione æſtimet, quæ poſſint alienari, obligarive debeant*. Deinde Conſtantinus ad urbani etiam prædii alienationem Prætoris pariter cognitionem & decretum exegit, *l. lex C. de admin. tutor.* Unde fit, ut hujus decreti interponendi jus nec mandari poſſit, nec mandata juriſdictione transferatur, *l.* 2. *ff. de officio ejus*. Quare iterum fallitur Donellus *loc. cit.* cum hanc cognitionem putat habere Prætorem jure Magiſtratus.

Hinc intelligimus, cur Ulpianus tam de tranſactione alimentorum, quam de prædiis pupillorum alienandis ſcripſerit in X. libris Protribunalium. Nam Protribunalia ſunt cauſæ, quæ nec mandantur, nec delegantur, ſed a Prætoribus ipſis, Præſidibuſve pro Tribunali expediuntur, ut præter ſupradictas ſunt cauſæ ſtatus, *l.* 2. *C. de pedan. judic.* & ſimile, ut monet Cujacius 7. *obſ.* 23.

Plura tamen hic notanda ſunt. I. hanc cognitionem, quæ in urbe Prætori datur, in provinciis competere Præſidi, *l. de alimentis C. eod.* quia non ut in urbe, ita & in provinciis diſtincta ſunt officia, ſed unus idemque Præſes & Præfecti, & Prætoris, & omnium Magiſtratuum, qui in urbe poteſtatem aliquam exercent, partibus, & officio fungitur, *l. ſi in aliquam* §. *fin. ff. de officio Proconſulis & Leg. l. de omnibus, cum l. ſeq. ff. de officio Præſidis*. Hinc Præſes habet majorem poteſtatem, quam Prætor, ut præterea conſtat ex eo, quod Præſes habet poteſtatem gladii, *l. illicitas* §. *qui univerſas ff. cit. tit.* quæ Prætori urbano denegatur; nam ſi coram Prætore quid occurrebat, quod majori animadverſione dignum eſſet, ad Præfectum urbi reus puniendus remittebatur, §. *ſed ſi quis præſens, Inſtitutionib. de ſuſpectis tutorib.* Non negamus tamen, Prætorem majore gaudere dignitate, quam Præſidem, ſcilicet quia Prætor eſt ſpectabilis, §. *ſimili quoque, auth. de appellationib.* cum alioqui Præſes non ſit, niſi clariſſimus, *l. ſi ſuper C. eod. l. un. C. de priv. carcerib.* non enim connexa invicem ſunt poteſtas & dignitas, & minori dignitate major poteſtas adhærere poteſt, Camillus Plautius *de officio ejus, lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 4. Bellonus *de mandata juriſd. cap.* 9. *q.* 9. *a num.* 37. *ad* 40.

II. Hæc intelligi de alimentis futuris; nam de præteritis alimentis tranſigi ſine Prætore, ſive Præſide poteſt, *d. l. de alimentis*. Ratio eſt, quia D. Marci oratio alimentario conſuluit in hoc, ne modico præſente contentus, ſpem alimentorum deſereret, *d. l. cum hi, in princ.* Quæ ratio in præteritis alimentis ceſſat.

III. Habere locum in alimentis relictis teſtamento, vel codicillis, ſecus in iis, quæ ex contractu deberentur, *d. l. cum hi* §. *plane*.

An

Digitized by Google

An prætextu immodicæ læſionis tranſactio reſcindatur.

QUÆSTIO II.

VUlgo DD. negant, tranſactionem, in qua læſio immodica intervenit, legitimam eſſe, ut præter antiquos docent Fachin. 2. *contr.* 26. Cævallos *commun. contra comm. qu.* 71. Celſus Bargalius 3. *de dolo cap.* 4. *num.* 79. *cum ſeqq.* Pinellus in *l.* 2. *C. de reſcind. vend.* Alciatus ad *l.* 143. *ff. de verb. ſignif.* aliique mox citandi. Hæc vero immodica læſio varie explicatur; quidam enim eam tunc interveniſſe exiſtimant, ubi quis ultra dimidium juſtæ æſtimationis læſus, argumento ex *l.* 2. *C. de reſcind. vendit.* Alexander in *l.* 1. *C. de pactis*. Alii exigunt, ut læſio ultra dimidiam non ſit in modico, ſed latius excurrat in quantitate notabili, ſeu magni momenti, cujus opinionis auctor fertur Corneus *conſ.* 166. & 189. *lib.* 1. Weſembecius in *paratl. ff. de tranſactionib. ad finem*, & ita Rotam Romanam ſenſiſſe refert Puteus *dec.* 230. Alii omnino volunt in triplo, vel quadruplo læſionem eſſe oportere ex *l. Lucius* 78. §. *fin. ff. ad Trebel.* Aloyſius Albricius inter controverſias Andreoli, *cap.* 288. *a n.* 47. *ad* 100. Nonnulli omnino Judicis arbitrio remittunt, ut Accurſius in *l.* 5. *C. de dolo*, *v. Immodice*.

Ceterum de hac læſione conſtare volunt non ex re, ſed ex dubio litis eventu, pro qua tranſigitur, ut ſi tranſigens acceperit decem, cum experti homines pro jure, ſeu actione ea, 30. darent. Poſt Bartol. & Fachineum *loc. cit.* Marinis 2. *reſolut.* 233. *a num.* 7. *ad* 11.

Tandem conſentiunt, hanc læſionem conſiderandam eſſe ex præſenti, ideſt tranſactionis tempore præciſe inſpecto: non ex futuro, veluti ſi poſt tranſactionem initam ob repertum inſtrumentum de læſione appareat; nam tranſactio ſemel bona fide inita, prætextu inſtrumenti poſtea reperti non reſcinditur, *l. quamvis*, *l. ſub prætextu C. de tranſactionibus*, Afflictus *dec.* 220. aliique apud Hodiern. *controv. forenſ.* 37. *n.* 35. Ratio eſt, quia publice intereſt, lites dirimi, *l. ult. ff. pro ſocio*, *l. quidam* 21. *ff. de reb. creditis*. Excipitur tamen cauſa Reipublicæ, vel pupilli, *l. Imperatores* 35. *ff. de re judicata*, *l.* 3. *C. de jure Reip. lib.* 11. *tit. C. ſi adverſus tranſactionem*.

Probatur hæc opinio ex pluribus. I. ex *l. ſi ſuperſtite* 5. *C. de dolo*, ubi pater cum filia emancipata, cujus tutelam geſſerat, bona fide tranſegit; liberatione ſibi tributa ſolemniter per Aquilianam ſtipulationem, & per acceptilationem; quia tamen filia tranſigendo immodice læſa fuit, habet in patrem actionem ſubſidiariam in factum, nempe ob reverentiam, quam filia patri debet; alias habitura contra extraneum actionem de dolo, ſi dolo extranei id accidiſſet. Ita ibi Imperatores Diocletianus & Maximianus Amphidroſæ reſcribunt. Quo in reſcripto, quamvis tranſactio bona fide facta ſit, tamen ob immodicam læſionem dicitur dolo inita: & ea propter doli actio læſo conceditur, niſi paterna reverentia obſtet. II. quia duplex eſt doli ſpecies; nam eſt dolus ex mente, ſeu conſilio: alter eſt dolus re ipſa. In mente eſt calliditas, fallacia: in re eſt damnum, *l. ſi quis cum aliter* 36. *ff. de verb. ſignif.* ubi hi duo doli æquiparantur. Sed ex læſione enormi dolus re ipſa naſcitur, ex communi ſententia. Ergo idem ſtatuendum eſt, ac ſi dolus ex conſilio intercederet, quo caſu ſine dubio tranſactio eſt reſcindenda, *l. & eleganter* 7. *ff. de dolo*. Quia ergo in immodica læſione ineſt dolus, inde fit, ut ob eam tranſactio debeat reſcindi; nam ſolum tranſactio, quæ bona fide inita ſit, non reſcinditur, *d. l. quamvis*, *d. l. ſub prætextu*.

Verius tamen eſt, tranſactionem bona fide initam, prætextu immodicæ læſionis reſcindi non poſſe. Ita Donellus in *d. l.* 2. *C. de reſcind. vendit.* Zaſius in *l.* 36. *ff. de verb. oblig.* & *conſ.* 18. *num.* 16. Connanus 7. *comm.* 9. *num.* 13. Hotomannus *conſ.* 40. Gaill. 2. *obſ.* 70. Fab. *dec.* 8. *err.* 10. Schifordegherus *lib.* 2. *tract.* 15. *qu.* 1. Borcholt. *de tranſact. cap.* 4. *num.* 22. Verſtegen. *de tranſ. obſ.* 7.

Quod demonſtratur I. quia non minorem auctoritatem tranſactio habet, quam res judicata, *l. non minorem* 20. *C de tranſ.* nempe utraque eſt remedium finiendarum litium ex conſenſu vel in pactum, vel in ſententiam. Imo Harmen. 1. *Prochiri* 10. majorem habere vim tranſactionem, quam rem judicatam, docet; magis enim ſpontaneus eſt tranſigentium conſenſus, quam acquie-

Digitized by Google

ſcentium rei judicatæ. Hinc ſicuti res judicata non reſcinditur ſub ſpecie inſtrumenti poſtea reperti, *l. ſub ſpecie 4. C. de re judicata*: ita nec tranſactio, *d. l. quamvis*, *d. l. ſub prætextu*. Et ſicuti contra rem judicatam Imperiale reſcriptum fruſtra impetratur, *l. ult. C. ſententiam reſcindi non poſſe*: ita contra tranſactionem, *l. cauſas* 16. *C. de tranſactionib.* Ergo eodem modo, quia res judicata prætextu cujuſcunque læſionis non reſcinditur, neque etiam ſententia lata ob errorem facti, *l. 2. C. quando provocare non eſt neceſſe*, & *toto tit. C. ſententiam reſcindi*; ita neque reſcindetur tranſactio.

II. Quia per jusjurandum tranſactum videtur, quoties ſcilicet me deferente juraſti, ut nec actio de dolo contra perjurum detur, *l. quod ſi 22. ff. de dolo malo*; nam judiciale jusjurandum ſpeciem tranſactionis continet, *l. 2. l. admonendi 31. ff. de jurejur.* Sed cauſa per jusjurandum finita non poteſt retractari ob quamcunque læſionem: quippe poſt jusjurandum non aliud quæritur, quam an juratum ſit, remiſſa quæſtione an debeatur, *l. non erit 5. §. dato*, *l. nam poſteaquam 9. §. 1. ff. cit. tit.* Ergo nec cauſa per tranſactionem finita.

III. Ex Ulpiano in *l. cum hi 8. in princ. ff. de tranſactionibus*, ubi cum hi, quibus alimenta relicta erant, facile tranſigerent, contenti modico præſenti, D. Marcus oratione in Senatu recitata, effecit, ne aliter alimentorum tranſactio rata eſſet, quam ſi auctore Prætore fieret. Ergo extra hunc caſum tranſactio facta modico præſente ſibi conſtat; nam exceptio firmat regulam in contrarium, ut recte colligit Faber in *rationalibus ad d. l. cum hi*, quippe dubitari non poteſt, quin immodice læſus ſit, qui modico præſente contentus eſt. Et ſane neceſſaria non fuiſſet D. Marci oratio pro tuendis alimentariis, qui modico præſente contenti tranſigebant, ſi ob enormem læſionem tranſactio reſcinderetur.

IV. Quia tranſigitur de re dubia, & lite incerta, neque finita, *l. 1. ff. de tranſact.* at in re dubia, & incerta læſio allegari non poteſt, *l. ſi ea lege 17. C. de uſur. l. quod debetur 51. ff. de peculio*. Fieri enim nequit, ut res incerta certam habeat æſtimationem, *l. ubi autem 75. ff. de verb. oblig.* ſive ut qui incertum jus remiſit, aliquo accepto, quod poterat non habere, ſi judicii eventum expectaſſet, læſus videatur, *l. de fideicommiſſo 11. C. de tranſactionibus*. Eo magis, quod omnis læſio, ſi qua intervenire poſſet, ſatis compenſata cenſetur ex eo, quod a lite diſceditur, ut in Francorum proverbio, *Il gaigne aſſez, qui ſe met hors de procez*, ideſt, *Guadagna in ecceſſo chi ſi mette fuor di proceſſo*.

Neque quidquam contraria obſtant. I. ad textum in *l. ſi ſuperſtite 5. C. de dolo*, varie reſponſum eſt. Et quidem Faber *loc. cit. err. 7.* agi putat de ea ſpecie, in qua pater in reddendis filiæ rationibus, cujus emancipatæ tutelam geſſerat, extorſit ab ea dolo liberationem, ut propterea dolus non fuerit re ipſa, ſed ex conſilio. Cui explicationi ſe opponit Fachinæus, qui negat dolum ex conſilio ullo modo interveniſſe, cum aperte loquatur de tranſactioue bona fide interpoſita, ibi: *Poſtea tranſegiſti cum ea bona fide*. Nihil autem eſt tam contrarium bonæ fidei, quam dolus: quare omnino videtur ibi ſermonem haberi de dolo re ipſa, ſeu de immodica læſione.

Mihi videntur DD. decepti ex eo, quia unam ab Imperatoribus ſpeciem in ea lege tractari ſibi perſuaſerunt, cum duæ omnino ſint. Et cum viderent fieri tum bonæ fidei, tum doli mali mentionem, in varias tricas ſe induerunt, a quibus nunquam ſe expedient.

Prior itaque ſpecies eſt, ſi tranſactio bona fide inter patrem & filiam inita ſit. Quo caſu nullum pro filia auxilium leges habent; cum enim tranſactio fiat vel pacto, vel per Aquilianam ſtipulationem, *l. tranſactum 2. ff. de tranſactionibus*; ſi tranſactio ſimplex fuit, & ſolo pacto convento nixa, quia tranſactio ſibi conſtat, filia habet quidem actionem, ſed quæ a patre pacti exceptione removebitur, *l. juriſg. §. ſed cum nulla ff. de pactis*. Sin tranſactioni Aquiliana ſtipulatio, & acceptilatio ſequuta ſit, filia removebitur, quia actio extincta eſt, *l. Aquiliana 4. ff. de tranſactionibus*.

Poſterior eſt, ſi filia immodice læſa ſit ob dolum patris. Et Imperatores ajunt, ſi tranſactioni novatio, & acceptilatio conjuncta ſit, competere filiæ actionem de dolo contra extraneum: ſubſidiariam in factum contra patrem, propter verecundiam paternam. Addunt tamen, *Si læſa es immodice*, quia ſolus dolus ſatis non eſt ad agendum de dolo, ſed

Digitized by Google

ſed præterea exigitur immodica læſio. Nempe quia Prætori, qui actionem de dolo introduxit, æquum viſum non eſt, eam impertiri, niſi juſta cauſa eſſe videatur: & juſta cauſa non eſt, ſi modica ſumma ſit, quæ duos aureos non excedat, *l. ſi oleum §. fin. cum l. ſeq. ff. de dolo*. Quod vidit ibi Accurſius, *v. immodice*.

Ubi vides I. hic in poſteriori ſpecie agi de dolo ex mente, ſeu conſilio, ut recte Faber monet; nam ob dolum ex re ipſa, non ex conſilio, de dolo agi non poteſt; quia cum hæc actio infamiam irroget, aliter proponi non poteſt, quam ſi dolus ex conſilio proponatur. Eapropter non competit; quamdiu alia actio, aut civilis, aut honoraria competere poteſt, *l. 1. §. pen. cum ſeq. ff. cit. tit.* Nec inter patrem, & liberos, etiamſi alia actio nulla ſit, *§. non debet 11. ff. cit. tit.*

Vides II. rationem, cur in poſteriori ſpecie nihil proponatur de tranſactione ſolo pacto inita; ideo ſcilicet, quia aperti juris eſt, hujuſmodi tranſactionem ob dolum nullius eſſe momenti ipſo jure. Et hoc eſt, quod ſibi vult Ulpianus in *l. qui cum tutoribus §. qui per fallaciam ff. de tranſactionib.* cum ait heredem, qui tranſigit per fallaciam coheredis occultantis bona hereditatis, ſi tranſactio ſine Aquiliana ſtipulatione ſit interpoſita, non tam paciſci, quam decipi, ſcilicet pactum ipſo jure nullum eſſe; pacta enim vim habent ex bono, & æquo, cui nihil magis eſt contrarium, quam dolus. Ut ergo contractus bonæ fidei dolo initus, eſt ipſo jure nullus, *l. & eleganter ff. de dolo*, ita & pactum. Quocirca dubium eſſe ſolummodo poterat, ſi tranſactioni Aquiliana ſtipulatio & acceptilatio ſubjecta fuiſſet; tunc enim quia ſtricti juris contractus eſt, licet dolus intervenerit, ipſo jure valet: actione tamen doli ſubſidiaria infringitur, ſi deceptus agit: vel ſi agit decipiens, is removebitur doli exceptione, *l. dolo C. de inutilibus ſtipulationibus*.

II. Quod attinet ad textum in *d. l. ſi quis cum aliter 36. ff. de verb. oblig.* ex quo nituntur probare dari dolum re ipſa, ob enormiſſimam læſionem, confitemur dari dolum re ipſa, qui doli exceptionem tribuit: negamus vero læſionem enormem eſſe dolum re ipſa, propterea quod dolus non ex quantitate damni, ſed ex qualitate facti æſtimatur, ut aperte habetur in *l. dolus 10. C. de reſcind. vendit. l. 1. §. ſed an dolo ff. de doli exceptione*. Qui ergo dolus re ipſa ſit, explicatur ex *l. 2. §. circa ff. cit. tit.* ut ſi quis ſine cauſa ab aliquo ſtipuletur, veluti cum quis promittit ſe reſtituturum quæ Procuratori ſuo credit ſoluta, cum tamen ſolutum nihil ſit; tunc enim ſi ſtipulator agat, qui & ipſe credebat ea ſoluta, puta a procuratore ſuo, doli mali exceptione repellitur; nam quamvis ſtipulator nihil ab initio dolo admiſerit, tamen hoc ipſo dolo facit, quod nunc petit. Eſt autem neceſſaria doli exceptio, quia ſtipulatio non eo minus tenet, cum ſit ſtricti juris. Idem eſt ſi tanquam crediturus ſtipulaſti, nec credidiſti, ut in *d. §. circa* habetur.

Quæ ſane explicatio ſatis probatur ex *d. l. ſi quis cum aliter*, ubi ſe ipſum Ulpianus explicat. Nam cum dixiſſet: *Idem eſt, etſi nullus dolus interceſſit ſtipulantis, ſed ipſa res dolum in ſe habet*; ſtatim ſubdit explicandi gratia. *Cum enim quis petat ex ea ſtipulatione, hoc ipſo dolo facit, quod petit*. Ubi aperte dolus re ipſa non æſtimatur ex læſione enormi, de qua nihil Ulpianus meminit, neque æſtimatur ex dolo præterito, ſed ex re præſenti, ſcilicet ex petitione, ut ut etiam dicitur in *d. §. circa*, & recte monet Schifordegherus *loc. cit. q. 6.* qui demum ait, hæc ſatis eſſe ad tantum errorem ex ſcholis, & foro regulandum.

Refutatis his generalibus argumentis, proximum eſt, ut ad particularia deſcendamus.

Nam I. qui volunt, tranſactionem reſcindi ob læſionem ultra dimidium, argumentum ducunt ex *l. 2.* & *l. ſi voluntate 8. C. de reſcind. venditione*, ubi Diocletianus & Maximianus novum jus veteri juriſprudentiæ incognitum, introduxerunt, eum, qui in emtione venditione læſus eſt ultra dimidium juſti pretii, poſſe ad reſcindendum contractum agere. Quod & in reliquis contractibus bonæ fidei locum habet, ex Accurſio ibidem communiter recepto. Olim enim in quacumque quantitate licitum erat contrahentibus ſe invicem circumſcribere, tam emendo, & vendendo, quam locando, & conducendo, *l. item ſi pretio 25. §. ult. ff. locati*: quod hodie non licet, niſi infra dimidiam partem veri pretii, vel mercedis, *d. l. ſi voluntate*.

Dicimus tamen, hæc nullo modo poſſe ad tranſactionem trahi: quippe inter tranſactio-

Digitized by Google

nem & contractus bonæ fidei magnum eſt diſcrimen, cum in iſtis bonum & æquum omnino moderetur, & æquum bonum viſum non eſt, contrahentes ultra dimidiam partem veri decipi. Quod utique tranſactioni adaptari non poteſt, quæ vel pacto fit, & non eſt contractus: vel ſtipulatione, & eſt quidem contractus, ſed ſtricti juris, in quo non æquum & bonum, ſed rigor, & ſtrictum jus locum habet; hinc in venditione error materiæ ſeu qualitatis contractum vitiat, *l. in venditionibus* §. *inde quæritur ff. de contr. emtione*. Secus eſt in ſtipulatione, *l. ſi id quod aurum ff. de verb. oblig.*

Præterea ut reſcindatur venditio, læſio æſtimatur reſpectu pretii, quod fuerat tempore contractus præciſe inſpecto, *d. l. ſi voluntate, ad finem*. Quæ utique æſtimatio in tranſactione locum habere non poteſt, quæ interponitur ob cauſam futuram, ut a lite diſcedatur, ut etiam Adverſarii confitentur, læſionem æſtimari volunt ex dubio litis eventu, quod plane impoſſibile eſt, ut dictum eſt ſupra.

II. Qui læſionem in triplo, vel quadruplo eſſe debere docent, abutuntur textu in *l. Lucius* 78. §. *fin. ff. ad Trebell.* ubi heres fideicommiſſo rogatus, minimam quantitatem, quam ſolam in bonis eſſe dicebat, reſtituit: apparuit deinde repertis inſtrumentis quadruplo amplius in hereditate fuiſſe; reſpondet Scævola, ſi tranſactum ſit, in reliquum fideicommiſſi nomine agi non poſſe. Ex his conſtat, agi hic de eo caſu, in quo poſt initam tranſactionem inſtrumenta reperiuntur, & de læſione apparet. Quo caſu conſentiunt omnes, etiam Adverſarii, tranſactionem bona fide initam non reſcindi, *l. quamvis*, *l. ſub prætextu C. de tranſactionib.* Non ergo facit ad rem noſtram, ubi læſio æſtimatur ex præſenti. Præterea ibi dicitur tranſactionem ob quadrupli læſionem non reſcindi: Adverſarii vero contendunt ob tripli, vel quadrupli læſionem infringi.

Conſtat pariter eodem textu abuti Fabrum, & Schifordegherum, qui inde noſtram concluſionem probare conantur. Noſtra enim concluſio eſt de læſione, quæ tempore tranſactionis inſpicitur: Scævola vero loquitur de læſione, quæ poſt initam tranſactionem ex repertis poſtea inſtrumentis apparet, & hanc dicit non reſcindi.

Utrum de controverſiis, quæ ex teſtamento proficiſcuntur, alter tranſigi poſſit, quam inſpectis, cognitiſque teſtamenti verbis.

QUÆSTIO III.

ET communis fere opinio docet, tranſactionem nullius eſſe momenti. Et moventur I. ex apertis verbis Caji in *lib.* 17. *ad Edictum provinciale*, relatis in *l. de his* 6. *ff. de tranſactionibus*: ubi hæc habentur: *De his controverſiis, quæ ex teſtamento proficiſcuntur, neque tranſigi, neque exquiri veritas aliter poteſt, quam inſpectis cognitiſque teſtamenti verbis*. Quæ verba adeo clara, & expreſſa videntur, ut non poſſint alio ſine cavillo detorqueri.

II. Ex Scævola in *l. Imperatores* 3. §. 1. *ff. cit. tit.* ubi Juriſconſultus ait, ex codicillis poſt tranſactionem repertis, tranſactionem reſcindi, nempe quia codicillorum verba tempore tranſactionis neque inſpecta, neque cognita fuerunt. Verba Scævolæ ſunt: *Cum tranſactio propter fideicommiſſum facta eſſet, poſtea codicilli reperti ſunt: quæro, an quanto minus ex tranſactione conſequuta mater defuncti fuerit, quam pro parte ſua eſt, id ex fideicommiſſi cauſa conſequi debeat? Reſpondit debere*.

III. Ratione, ne ſcilicet qui teſtamenta diutius occultant, iniquum inde lucrum capiant, dum ita illiciuntur legatarii ad tranſigendum, ut modico præſente contenti, legatum alicujus momenti omittant, argumento ex *l. cum hi* 8. *in princ. ff. cit. tit.* Ita Bachov. *de tranſact. cap.* 2. *num.* 5. Gaillus 2. *obſ.* 139. *num.* 9. *& ſeq.* Verſteg. *de tranſact. obſ.* 5. Faber in C. *de tranſactionib. def.* 15. Capyc. Latro *deciſ.* 202. Sanfelicius *dec.* 148. Peguera *dec.* 899. aliique.

Id verum eſſe docent. I. quanquam teſtamenti inſpectioni ſpeciatim renunciatum ſit: quia legi prohibenti quidpiam fieri, aut aliquid ad actus ſubſtantiam requirenti, valide non renunciatur, *l. non dubium C. de legibus*, *l. pacta* 6. *C. de pactis*, *l. nec ex prætorio* 28. *ff. de reg. juris*.

II. Etiam in teſtamento nuncupativo, Cacheranus *dec.* 112. *n.* 13. Guttierrez *de juram. confirm. part.* 3. *cap.* 2. *n.* 7.

Non tamen neceſſe eſt, ut in tranſactione

Digitized by Google

ne adjecta ſit clauſula, *Viſis cognitiſque teſtamenti verbis*, dummodo doceatur, tranſigentes gnaros fuiſſe eorum, quæ teſtamento cauta ſunt; nam inſpectionis unicus finis eſt, ut tenor diſpoſitionis non ignoretur, Faber *loc. cit. def.* 1. Vide Fontan. *dec.* 195. *cum trib. ſeqq.*

Ex quo etiam fit, nihil neceſſe cenſeri, ut tempore tranſactionis verba teſtamenti legantur; cum ſatis ſit inſpectio, & cognitio per oculos mentis, hoc eſt ſcientia rerum, quæ in teſtamento comprehenſa ſunt. Urceolus *de tranſact. qu.* 47. *num.* 12. Valeron. *de tranſact. tit.* 3. *qu.* 5. *n.*56. Gregor. Lopez in *d. l. de his*, Sforza Oddo *de reſtit. in integr. qu.*4. *art.* 17. *& ſeq.*

Huic tamen opinioni enixe contradicunt Æmilius Ferretus *l.* 3. *ff. de tranſactionib.* Balduinus in *Juſtiniano lib.*3. *pag.* 347. Cujacius & Faber in *d. l. de his*, Schifordegherus *lib.* 2. *tract.* 25. *quæſt.* 7. *&* 8. qui omnes docent, non eſſe neceſſarium, ut prius inſpiciantur verba teſtamenti, quam tranſigatur de controverſiis ex teſtamento dependentibus. Quæ opinio verior eſt.

Idque manifeſtum fit I. ex Celſo in *l. non eſt ferendus* 12. *ff. de tranſactionib.* cum ſcribit, non eſſe ferendum, qui generaliter in his, quæ teſtamento ei relicta ſunt, tranſegerat, ſi poſtea cauſatur de eo ſolo cogitaſſe, quod prima parte teſtamenti, at non etiam quod poſteriore legatum ſit. Ex quo textu ſatis aperte habetur, tranſactionem utiliter fieri de ultima voluntate, etiam non lectis omnibus teſtamenti verbis.

II. Quia abſurdum eſt, eum, qui totum remittere potuit donationis cauſa, parte debiti contentum eſſe non poſſe, re adhuc incerta. Nec ulla poteſt efficax ratio dari, cur ſuper contentis in inſtrumento liceat tranſactionem inire, non cognitis, neque lectis inſtrumenti verbis, id ipſum vero non liceat de his, quæ teſtamento relicta ſunt.

Quod attinet ad objecta Adverſariorum, ea facile rejiciuntur. Et primo ad textum Caji in *d. l. de his* 6. *ff. de tranſactionibus*, dicimus Juriſconſulti verba eſſe accipienda de facto, non de jure, & ſenſus eſt, non facile poſſe heredes, vel legatarios tranſigere de relictis in teſtamento, niſi teſtamenti verba cognoverint; ut nec etiam de inſtrumentis, niſi inſtrumento inſpecto. Quod niſi cognoverint, & inſpexerint, tranſigant tamen, non propterea tranſactio eſt nulla, ſed ſibi imputent, quod cautius non egerint. Hoc ita eſſe, patet ex ipſis Caji verbis, quæ integra leguntur in *l.* 1. *ff. quemadmodum teſtamenta aperiantur*. Cum enim Prætor edictum provinciale propoſuiſſet, in hæc verba: *Omnibus, quicunque deſiderant tabulas teſtamenti inſpicere, vel etiam deſcribere, inſpiciendi, deſcribendique poteſtatem faciam*; Cajus in id edictum ſcribens, rationem edicti ita aſſignat: *Ratio autem hujus edicti manifeſta eſt. Neque enim ſine Judice tranſigi, neque apud Judicem exquiri veritas de his controverſiis, quæ ex teſtamento proficiſcuntur, aliter poteſt, quam inſpectis, cognitiſque verbis teſtamenti*. Ubi palam eſt, Cajum loqui de facto; nempe facile non poſſe homines neque litigare, neque tranſigere de contentis in teſtamento, niſi prius teſtamenti verba inſpiciant, & cognoſcant. Unde concludit, æquiſſimum fuiſſe Prætoris Provincialis edictum. Non autem inde imponit nobis legi neceſſitatem, ut non aliter valeat tranſactio, & lis, niſi teſtamenti verbis lectis. Itaque qui ea verba inſpicit, prudenter tranſigit, & litigat: qui ea non inſpicit, non nulliter agit.

Hæc quamvis certiſſima, ſunt tamen qui putant, non ſatis intellecta a Triboniano dum verba Caji, quæ recte poſita ſunt ſub *tit. Quemadmodum teſtamenta aperiantur*, iterum collocat ſub *tit. de tranſactionibus*, in *l. de his*. Et quidem Ferrettus, & Cujacius exiſtimant, hunc Triboniani errorem ortum eſſe ex eo, quod non animadvertit, Cajum hanc ſententiam retuliſſe ad judicata, non ad conventa. E contrario Faber, & Schifordegherus contendunt verba Caji ad conventa referri, errorem vero Triboniani in eo conſiſtere, quod Caji ſententiam pro ratione edicti allatam, ſic accepit, quaſi ſimpliciter, & abſolute prolatam.

II. Ad textum Scævolæ in *d. l. Imperatores* 3. §.1. negamus tranſactionem de teſtamento reſcindi, poſt repertos codicillos, cum ſolum dicat Scævola, tranſactionem ad codicillos non porrigi, quia tempore tranſactionis nulla de his cognitio habebatur. Species enim eſt. Quidam condito teſtamento, fidei heredis commiſit, ut hereditatis trientem matri ſuæ reſtitueret. Quod fideicommiſſum deinde in codicillis ad ſemiſſem auxit. Ma-

tuo teſtatore, mater tranſegit de triente in teſtamento per fideicommiſſum relicto, nulla mentione habita de codicillis, qui ignorabantur. Ait Scævola, repertis deinde codicillis, matrem defuncti poſſe agere ad ſextantem, in quo fideicommiſſum codicillorum excedit fideicommiſſum in teſtamento relictum. Quo caſu non reſcinditur tranſactio de teſtamento, ſed ſolum dicitur, eam non extendi ad codicillos, qui poſtea reperti ſunt. Et hoc eſt, quod etiam docet Celſus in *d. l. non eſt ferendus* 12. *in fine*, illis verbis: *Si tamen poſtea codicilli proferuntur, non improbe mihi dicturus videtur de eo dumtaxat ſe cogitaſſe, quod illarum tabularum, quas tunc noverat, ſcriptura contineretur.*

III. Ad rationem ab Adverſariis ſubjunctam, reſpondet Schiford. *qu.* 8. *in fine*, nullam in eo captionem conſiderari poſſe, qui noluit acquirere, quando potius laudanda eſt ejus cogitatio, qui etiam modico accepto, quæ alioquin ex teſtamento ſibi intentari poſſet, diſcedit. At quia Adverſarii obtendunt captionem eſſe ex parte occultantis teſtamentum, propterea dicimus, contra hos intentari poſſe & debere edictum provinciale de tabulis teſtamenti aperiendis, & deſcribendis. Quod ſi quis non intentet, ſibi imputet.

DO-

Digitized by Google

DOMINICI AULISII

JC. CLARISSIMI

De Vulgari, & Pupillari Subſtitutione.

Ad Lib. XXVIII. Digeſtorum Tit. VI.

OMnis noſtri juris difficultas ex tribus potiſſimum cauſis oritur: vel a ſubtilitate rerum, de quibus agitur: vel ab obſcuritate legum, quæ eas comprehendunt: vel tandem ab antinomiis. Quæ ſane omnia, cum in hoc ſubſtitutionum titulo paſſim occurrant, tractationem hanc imprimis difficilem reddunt. In ea explananda, nos nihil eorum, quæ enodari deſiderant, omittemus. Imo alias quoque leges, quæ vel in PP. vel in Codice, vel in Novellis, ſub diverſis titulis collocatæ ſunt, & ad hanc rem faciunt, huc quaſi fugitivas retrahemus. Ita cum ceteris 48. quæ in hoc titulo extant, pro merito lucem recipient.

De definitione, & diviſione ſubſtitutionis ad l. 1.

LEges, dum morientium voluntatibus favent, non ſolum eis poteſtatem inſtituendi ſibi heredem impartitæ ſunt; ſed etiam, ut heredem alium ſcriberent, ſive in ſecundo gradu, ut in vulgari accidit, ſive in ſecundo caſu, ut in pupillari fit. Et hoc eſt, quod *Subſtitutionem* leges appellant: cujus definitionem tradere arduum viſum eſt. Et quidem ab hoc onere egregie ſe exemit Jo: Coraſius ad *tit. C. de impuberum, num.* 1. dum ait, diſputationem de definitionibus faſtidioſam eſſe, & inanem; quaſi vero cæca ea omnis tractatio non ſit, ubi de re per nomen denotata non conſtat, & conſtare, niſi per definitionem, non poteſt.

Alii deſcriptionibus contenti ſunt. Et quidem fatendum eſt, leges noſtras de deſcriptionibus potius, quam definitionibus delectari, ut de medicis Empiricis notat Galenus in Iſagoge *cap.* 5. dum ait: *Definitionibus uſi ſunt Logici* (Medici), *deſcriptionibus Empirici*, quibus ſcilicet rerum, quæ a nominibus ſignificantur, delineatio quædam tantummodo traditur, non etiam earundem eſſentia eruitur. Proinde Modeſtino in noſtra *l.* 1. ſatis viſum eſt dicere: *Inſtituti* (heredes) *primo gradu*, *ſubſtituti ſecundo*, *vel tertio*. Cui affine eſt, quod habet Paulus

hic

Digitized by Google

hic in *l. ex facto* §. *Lucius*, dum de ſubſtitutione ait: *Secundi heredis inſtitutio*, & Cajus 2. *Inſtit.*4. *Subſtitutio eſt ſecundi heredis appellatio*.

Obſtat tamen I. quod habet Alphenus hic in *l. moribus* §. *ſed etſi*, ubi inſtitutionem præcedit ſubſtitutio, hoc modo: *Si filius heres non erit, aut intra impubertatem deceſſerit, Sejus heres eſto, filius heres eſto*.

Verum ex eodem Juriſconſulto reſpondetur, ideo eam ſubſtitutionem valere, quia non ordo ſcripturæ, ſed ſucceſſionis attenditur; eumque inſtitutum dici, cui primo loco hereditas ex teſtamento defertur: eum vero ſubſtitutum, cui ſecundo, vel tertio. Idque ex benignitate receptum eſt, nam juris rigor exigit, ut ſubſtitutionem ſemper præcedat inſtitutio, *l. in fraudem* §. *item*, *l. miles* §. *ult. ff. de mil. teſtamento*. Ita olim ante heredem inſtitutum inutiliter legabatur, vel libertas dabatur, ex eo, quod legata, & libertates vim ex inſtitutione recipiunt; Juſtinianus tamen ſcripturæ ordinem non attendi juſſit, & ex benignitate ea omnia ſuſtinuit, §. *ante heredis, de legatis*. Ita quoque ante heredis inſtitutionem tutor dari poteſt, §. *ad certum*, *Qui teſtamento tutores*. Vide latius Joſephum Villar *de ſubſtitut. pupillar. cap.*2. § 2.

Obſtat II. quod dari poteſt ſecundi heredis inſtitutio, quæ non ſit ſubſtitutio, ita ut ambo heredes in primo gradu ſint; veluti *Sejus in beſſe heres eſto*, *Titius in triente heres eſto*. Utique Titius eſt ſecundus heres, nec tamen ſubſtitutus; & quidem *ſecundus heres* dicitur in *l. Julianus* §. *idem*, & in *l. ex unciis ff. hered. inſtit.* Quare prædicta Pauli & Caji verba malam definitionem, nec bonam deſcriptionem conſtituunt.

Eſt tamen diſtinguendum inter nuncupationem ſeu ſcripturam, & gradum. Nam ſi gradum attendamus, apud Latinos *ſecundus heres* dicitur, qui ſubſtitutus eſt. Quod pluribus exemplis poſſet oſtendi, ſed nunc ſatis ſit Suetonius, dum in *Cæſare cap.* 38. ait: *Decimum Brutum etiam in ſecundis heredibus*, ideſt in vulgariter ſubſtitutis. Ita quoque in *Octavio cap.* 101. inſtitutos vocat *primos heredes*: ſubſtitutos, *ſecundos*: & *tertio gradu heredes* appellat, qui his deficientibus vocantur. Proinde cum dico *Sejus in beſſe heres eſto*, *Titius in triente*, quia hic unus tantum gradus eſt, omnes hi erunt primi; quamvis ſcriptura inſpecta, Sejus ſit primus heres, Titius ſecundus. Proprie autem dicuntur *coheredes*, *l. qui ſolvendo ff. de hered. inſtit.*

Verum quia ambiguitas tollenda eſt, ideo placet, ut ita dicamus, ſubſtitutio *eſt heredis inſtitutio in ſecundo gradu*, *vel caſu*. Et quidem in ſecundo gradu fit ſubſtitutio vulgaris, veluti *Si Sejus heres non erit*, *Titius heres eſto*; nam gradus non eſt, niſi ordo ſucceſſionis, quo heres unus in locum alterius deficientis vocatur. At ſubſtitutio pupillaris eſt in ſecundo caſu, veluti *Si filius heres erit*, *& in pupillari ætate deceſſerit*, *Titius heres eſto*. Proinde a Modeſtino hic ſubſtitutio vulgaris dicitur *Simplex*, Pupillaris vero, *Duplex*.

Negant quidam heredem filio datum poſſe *ſubſtitutum* appellari; nam nec talis eſt reſpectu patris, cui non eſt heres: nec reſpectu filii, cui eſt primus heres. Quare volunt cum Paulo de Caſtro in noſtra *l.* 1. *num.* 1. Merenda 4. *controv. juris 6. num.* 13. *& ſeq.* pupillarem, improprie ſubſtitutionem dici, cum ſuapte natura inſtitutio magis ſit, quam ſubſtitutio. Omiſſa reſponſione Donelli *6. comment.* 25. dicimus hæc nihil obſtare; non enim heres filio datus dicitur *ſubſtitutus* reſpectu gradus, ſed tantum reſpectu caſus, ut jam explicatum eſt.

Ceterum cum dicitur *ſecundus gradus*, intelligitur etiam tertius, quartus, & quilibet ulterior; nam aliquando *ſecundum* dicitur quodcunque poſt primum eſt. Ita per *ſecundas nuptias* eas omnes intelligimus, quæ poſt primas contrahuntur, ut in *tit. C. de ſecundis nuptiis*; quidquid repugnet Goveanus hic *num.* 7.

Ex his facile eſt cognoſcere, fideicommiſſarium univerſalem non eſſe ſubſtitutum, *l. tutores* §. *heres ff. de admin. tutor.* & *tit. C. de inſtitutionibus ſubſtitutionibus & reſtitutionibus*; non enim vocatur ad ſecundum gradum, quia vere heres non eſt, nec ſubingreditur locum prioris heredis deficientis. Nec vocatur in ſecundum caſum, quod nulli, niſi ſubſtituto pupillari competit. Quia tamen fideicommiſſarius loco heredis eſt, ut dicitur in §. *reſtituta*, *de fideic. hereditatibus*; ideo interdum improprie *ſubſtitutus* vocatur, ut in *l. generaliter* §. *cum autem C. de inſtitutionibus*.

Varie ſubſtitutio a Doctoribus dividitur, quæ

quæ omnia facile rejiciuntur ex noſtra rubrica, quæ eſt *de vulgari*, *& pupillari ſubſtitutione*, ex qua intelligimus ſubſtitutiones non niſi duas eſſe, vulgarem, & pupillarem. Quod etiam conſtat ex noſtra *l.* 1. ubi Modeſtinus duas tantum ſubſtitutionum ſpecies agnoſcit, *Simplicem*, quæ eſt vulgaris, & *Duplicem*, quæ eſt Pupillaris. Et ratio eſt, quia ſubſtitutionum ſpecies deſumendæ ſunt ex ratione, qua quis ſubſtitutus ſit: quæ ratio vel eſt, quod quis vocatur ad ſecundum gradum, ut accidit in vulgari: vel ad ſecundum caſum, ut eſt in pupillari.

Verum ſi attendamus perſonas, quibus ſubſtitutio ſit, tunc per accidens triplex erit, vulgaris, quæ inde nomen habet, quia vulgo permittitur, & cuivis ætati, & perſonæ fieri poteſt, Goveanus hic in *rubrica n.* 13. Pupillaris, quæ ſit filio impuberi eo caſu, quo pupillus decedat. Quaſi pupillaris, quæ filio furioſo ſit, ſcilicet ſi in furore obeat. Quaſi pupillarem cum Cujacio vocamus eam, quæ vulgo *exemplaris* nuncupatur, cum ad exemplum pupillaris a Juſtiniano introducta ſit, *l. humanitatis C. de impuberum*. Hæc tamen appellatio imperitorum eſt; quia exemplare non dicitur id, quod ad exemplum alterius expreſſum eſt: ſed, quod pro exemplo aliis deſervit. Ceterum pupillaris, & quaſi pupillaris unicam ſubſtitutionis ſpeciem conſtituunt, quia utraque ſit in ſecundo caſu, nempe illa, ſi filius heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit: iſta, ſi filius heres erit, & in furore obierit.

Reciproca vero, ſeu mutua, eſt qualitas, quæ utrique ſpeciei, vulgari, & pupillari competit; cum locum habeat, quando pluribus inſtitutis heredibus, unus alteri ſubſtituitur, quo caſu plures inſunt vulgares, vel pupillares, ut hic in *l. jam hoc jure*.

Denique compendioſa eſt ſimplex modus, qui ſub compendio verborum vulgarem, & pupillarem comprehendit, veluti ſi dictum ſit, quandocunque filius deceſſerit, Cajus heres eſto, *l. precibus C. de impuberum*.

Si cui conceſſa eſt poteſtas diſponendi, aut teſtandi, an is idem vulgariter ſubſtituere poſſit.

QUÆSTIO I.

Cum plurimi caſus ſint, in quibus hæc quæſtio locum habere poteſt, præcipue tamen pro feudis proponi ſolet; quandoquidem de jure Longobardico (quod jus commune feudale appellatur) omnis quæcunque in feudis teſtamentaria diſpoſitio improbatur, *cap.* 1. *in princ. de ſucceſſione feudi*; in Regno tamen noſtro ex diſpenſatione Regis conceſſa Baroni poteſtas eſt diſponendi de feudis, *pragm.* 18. *cum concordantibus*, ſub *tit. de feudis*. Inde quæſitum eſt, utrum ex hac poteſtate licita eidem Baroni intelligatur ſubſtitutio? Idipſum quæri poſſet in ſpecie textus in *l. cum hic ſtatus* §. *ſi miles ff. de donationibus inter virum*, ubi miles, qui ex flagitio militari damnatus, teſtari non poterat, ex *l. ſi quis filio* §. *irritum ff. de injuſto rupto*, a Præſide poteſtatem teſtandi de bonis Caſtrenſibus impetravit; quæri, inquam, poſſet, an ex hoc ipſo miles recte ſubſtituat.

Et, ut diſtincte procedamus, in duas omnino partes hæc quæſtio dividenda eſt: in priori agemus de ſubſtitutione vulgari, in poſteriori de pupillari; non enim eædem in utriſque ſive difficultates, ſive rationes vigent.

Sunt ergo qui putant, poteſtatem ſubſtituendi vulgariter non intelligi conceſſam ei, qui alioqui teſtari prohibitus, facultatem teſtandi ſeu diſponendi obtinuit, & maxime ſi in Baro ſit, qui de feudis teſtari velit, ut poſt alios late tuetur Loffredus *conſ.* 7.

Quod probant I. quoniam in his, quæ ſtricti juris ſunt, ubi duo ſimul prohibentur, conceſſio, quamvis ex vi nominis utrumque comprehendere poſſit, ſemper tamen de uno facta intelligitur, ut conſtat ex textu in *l. filiusf.* §. *item videamus ff. de donationibus*, ubi ſi quis filiofamilias donandi poteſtatem conceſſerit de peculio profectitio, poterit is quidem inter vivos donare, at non etiam donare cauſa mortis, etſi donandi verbum utrumque comprehendat. Ratio eſt, quia utrumque filiofamilias in eo peculio prohibitum eſt, ut in illis verbis legit: *Pari autem ratio-*

Digitized by Google

ratione, qua donare filiusfamilias prohibetur, etiam mortis cauſa donare prohibebitur. Jam hæc omnia ad noſtram ſpeciem aptare, & traducere facile eſt. Æque enim militi ex militari flagitio damnato, & Baroni in feudis, prohibitum eſt inſtituere, & ſubſtituere. Unde fit, ut quoties ipſis a Principe aut Præſide, teſtandi, aut diſponendi poteſtas impertitur, id de ſola inſtitutione debeat intelligi, quamvis teſtandi, & diſponendi verbum etiam ſubſtitutionem comprehendat.

II. Probant, quia conceſſio facta ei, qui ea poteſtate caret, intelligitur de prima & unica vice, itaut qui ſemel facultate ſibi conceſſa uſus ſit, eam jam omnino conſumſerit, *l. boves §. hoc ſermone*, ubi DD. *ff. de verb. ſignif.*. Unde in ſpecie noſtra verbum, *diſponere*, de ſola inſtitutione capiatur opus eſt; ſi enim ſubſtitutionem vulgarem adhuc comprehenderet, non eſſet amplius una diſpoſitio, ſed multiplex; propterea quod ſubſtitutus non eſt coheres, ſed ſecundus heres ſuccedens in locum alterius deficientis, *l. ex facto §. Lucius ff. de vulg.* ut ſubſtitutio omnino ſit altera, & nova inſtitutio, a priori diverſa, in qua facultas diſponendi jam fuerat conſumta, Innocentius in *cap. dilectus filius*, *num.* 1. *de præbendis & dignitatibus*, quem ſequitur Montanus *de regalibus §. fin. num.* 11.

Idipſum de fideicommiſſis dicendum videtur, qui eſt actus ab inſtitutione diverſus, & diverſo tempore ab inſtitutione effectum ſortitur: alter ſcilicet actus tempore, quo teſtator moritur, & quo fit locus heredi inſtituto: alter tempore, quo fideicommiſſi reſtitutio fit.

Alii tamen in contrarium nituntur apud Pratum 1. *obſ.* 78. & Cannetium in *cap. volentes, Regni Siciliæ, num* 41. ea moti ratione, quia ſubſtitutio, & fideicommiſſum ſunt partes teſtamenti, uti etiam legata ſunt: quare ſicuti conceſſa alicui poteſtate teſtandi, & diſponendi, eidem legare licet, ita quoque licitum erit ſubſtituere, & hereditatem per fideicommiſſum relinquere. Quod utique argumentum fortiſſimum eſt. Immo, amplius poſſet dici, conceſſa poteſtate teſtandi, licita eſſe omnia, quæcunque ab ea poteſtate dependent, etſi extra teſtamentum, & ab inteſtato fiant, ut ſunt codicilli, & mortis cauſa donatio. Id conſtat ex *d. l. cum hic ſtatus §. ſi miles*, ubi miles damnatus, qui a Præſide ut de bonis caſtrenſibus teſtaretur, impetravit, non modo teſtari poteſt, ſed mortis etiam cauſa donare etiam ab inteſtato; ut in illis verbis: *Nam & mortis cauſa donare poterit, cui teſtari permiſſum eſt*. Nempe, quia cauſa mortis donatio a poteſtate teſtandi dependet; ut propterea cui teſtamenti factio conceſſa non eſt, eidem nec mortis cauſa donatio permittitur, *l.* 1. *in princ. ff. de tutelis & rationibus*: quod alibi a nobis poſt Antonium Fabrum late probatum eſt. Idipſum verum eſt de Codicillis; nam qui jus teſtandi habet, codicillos etiam ab inteſtato facere poteſt, *l. ſi quis* 3. *ff. de jure codicillorum*. Ex his ſatis aperte conſtat, ei, qui teſtandi poteſtatem impetravit, multo magis licitum eſſe, facere ea omnia, quæ in teſtamento fieri conſueverunt, non modo legata, ſed etiam vulgarem ſubſtitutionem, & fideicommiſſum: quod quidem fideicommiſſum nonnulli etiam in contractibus conſtitui poſſe docent, modo pro fideicommiſſariis tabellio ſtipuletur, quia abſenti citra ſtipulationem jus non quæritur, Peregrinus *de fideic. art.* 51. *num.* 3. *& ſeq.*

Nec in contrarium oppoſita quidquam urgent. Nam id, quod primo loco dicebatur, ex duobus, quæ quis facere prohibitus eſt, unum tantum intelligi conceſſum, quamvis verba in conceſſione adhibita utrumque comprehendant, facile diluitur; reſpondendo verum id eſſe, quoties ea duo a diverſis juribus, ſeu facultatibus dependent, ut eſt in donationibus, quarum quæ eſt donatio inter vivos, a jure contrahendi dependet: at ea, quæ eſt donatio cauſa mortis, tota eſt a poteſtate teſtandi, ut jam monuimus. Non ita ſe habet in ſpecie noſtra, ubi poteſtas vulgariter ſubſtituendi pendet ab eadem facultate, a qua deſcendit poteſtas inſtituendi, nempe a jure teſtandi, & diſponendi; ut propterea cui hoc jus conceſſum eſt, poſſit is inſtituere, & ſubſtituere, ut pariter legare, per fideicommiſſum relinquere, codicillos ab inteſtato facere, & cauſa mortis donare; cum hæc omnia ab uno jure teſtandi pendeant, ſicuti probatum eſt.

Cum autem ſecundo loco aiunt, conceſſionem diſponendi, & teſtandi, de prima tantum vice capi oportere, non etiam de ſecunda, concedendo id verum eſſe, negamus tamen in ſpecie noſtra multiplicem factam intelligi diſpoſitionem, quandoquidem

teſta-

Digitized by Google

teſtamentum, ubi quis heredi vulgariter ſubſtituit, unicum eſt, & unica etiam eſt diſpoſitio, ut apud omnes conſtat; & argumento eſſe poteſt, quod ſolemnitates non duplicantur, ex notatis a Theophilo in §. *igitur*, *Inſtitutionib. de pupillari*. Itaque cum moriturus habeat poteſtatem ſemel teſtandi, aut ſemel diſponendi, & dubitari nequeat, quin inſtituendo, & vulgariter ſubſtituendo, ſemel ipſe teſtetur, aut ſemel diſponat, nihil obſtabit textus in *d. l. boves* §. *hoc ſermone*.

Præterea regula hujus §. ceſſat, quoties concedentis mens ſuadeat veriſimiliter, conceſſionem etiam de altera vice capi, aut poſſe, aut debere. Probat id textus in *l. cum quidam ff. de annuis legatis*; nam teſtator decurionibus municipii legavit certam pecuniæ ſummam, inter eos diſtribuendam die natalis ſui. Videbatur quidem ex regulis juris diviſio uno tantum anno facienda; quia tamen non erat veriſimile, teſtatorem voluiſſe, diem ſuum natalem uno tantum anno celebrari, & lætum eſſe, propterea DD. Severus, & Antoninus legatum annuum eſſe, & perpetuum reſcripſerunt. Probat pariter textus in *l. ſi habitatio* §. *utrum ff. de uſu & habitatione*, ubi ſermo eſt de habitatione ſimpliciter legata, & rejicitur ſententia eorum, qui eam de uno anno capiebant, admiſſa contraria ſententia Rutilii, & Celſi, qui legatario, donec vivat, habitationem competere voluerunt. Jam hæc quoque veriſimilitudo in noſtra ſpecie adeſt; nam qui poteſtatem teſtandi, & diſponendi concedit, veriſimiliter voluiſſe videtur, ut conceſſio effectum re ipſa ſortiatur, hoc eſt, ut qui impetravit, vere moriatur teſtatus. Quocirca is ſi inſtituendo vereatur, ne inteſtatus decedat, debet ei licitum eſſe facere, ut vulgariter ſubſtituendo, effectum ſortiatur conceſſio teſtandi, & diſponendi ipſi a lege, ſeu a Principe facta.

Utrum in teſtandi, aut diſponendi poteſtate, comprehendatur poteſtas pupillariter ſubſtituendi.

QUÆSTIO II.

MAjor nunc manet nos difficultas, quæ eſt de ſubſtitutione pupillari. Nos quæ utrinque afferri ſolent, aut poſſunt, rationes in medium afferemus.

Et multorum ſententia eſt, cui teſtandi, & diſponendi poteſtas conceſſa ſit, eidem non denegari facultatem ſubſtituendi pupillariter. Quod hac ratione probabile ſit, quam altius repetemus. Subſtitutio pupillaris in ipſius pupilli utilitatem ex æquitate moribus populi Romani introducta fuit, ne pupillus, qui ob ætatem ſibi condere teſtamentum non poteſt, inteſtatus decedat, *l. ſi pupillus* 42. *ff. de acq. hered.* ubi qui aliquid facit, quo ſubſtitutus pupillaris dimidius impuberis hereditatem adeat, pupilli utilitatem impugnare dicitur. Ex quo juris principio factum eſt, ut ſubſtitutio pupillaris modo habeatur pro teſtamento patris, modo pro teſtamento filii, ut nimirum magis ipſi pupillo conducit, & utile eſt: quod Accurſius pallium vertere dixit in *l. Papinianus* §. *ſed nec impuberis ff. de inofficioſo teſtamento*; quo in textu habetur, in ſubſtitutione pupillari, facta a patre filio pupillo, non opus eſſe legitimam portionem matri ipſius pupilli relinquere; quia teſtamentum fecit pater, qui uxori ſuæ, quæ eadem eſt pupilli mater, legitimam relinquere non obligatur; quamvis ad eam relinquendam obligetur filius, cum ipſe ſibi teſtamentum condit. Habetur e diverſo, neque fratribus patris legitimam eſſe relinquendam, quia ſubſtitutio pupillaris filii teſtamentum eſt, qui patruis ſuis nihil relinquere tenetur. Ex his ſatis ſuperque apparet, rem omnem ex pupilli utilitate metiri, & interpretari, eamque hactenus verti, donec ipſi conducat.

Hinc etiam intelligimus, cur quos ego poſſum heredes mihi neceſſarios facere, eoſdem poſſum & filio, ut ſervum meum, & fratrem ſuum, *l. ſed ſi plures* §. *quos poſſum ff. de vulg.*. Eo tamen caſu ſubſtitutio pupillaris habetur, ut teſtamentum patris, quia filio datur heres neceſſarius, qui ſolum eſt neceſſarius heres teſtatori.

Jam, ut hæc ad noſtram quæſtionem adaptemus, duo caſus diſtinguendi ſunt, juxta duo exempla initio quæſtionis hujus propoſita, in Milite, & in Barone.

Primo itaque miles damnatus, ſi impetrata teſtandi poteſtate, filio pupillariter ſubſtituat, dicendum videtur ſubſtitutionem illam non haberi, ut teſtamentum pupilli, quia id pupillo minime eſſet utile. Sequeretur enim ſubſtitutionem ipſi a patre fieri

Digitized by Google

non poſſe: quippe bis miles teſtaretur, ſemel pro ſe, ſemel etiam pro filio; cum certum ſit conceſſionem teſtandi alteri factam de una tantum vice intelligi, niſi mens concedentis veriſimiliter ſuadeat, eam conceſſionem de altera etiam vice capi oportere, juxta ea quæ ſuperius a nobis diſputata ſunt: quæ utique veriſimilitudo in ſpecie noſtra locum non habet.

Opus eſt ergo, ut dicamus hic pupillarem ſubſtitutionem accipi, ut teſtamentum patris, prorſus ut nihil aliud ſit, niſi pars ſubjectiva illius. Probatum vero jam eſt, ſub conceſſione teſtandi, intelligi conceſſam poteſtatem circa omnes teſtamenti partes, ut legata, codicillos, donationem mortis cauſa, & propterea etiam fideicommiſſum, & ſubſtitutionem. Ita ſane utilis ſubſtitutio fiet.

Solvi hinc etiam poteſt anceps illa inter Proculianos, & Sabinianos quæſtio, utrum teſtamentum, in quo pater filio pupillariter ſubſtituit, unum teſtamentum ſit, an vero duplex. Eam quæſtionem, quoniam huic noſtræ diſputationi lucem afferre poteſt, hic brevibus tractare operæ pretium erit. Sabiniani unum, Proculiani duplex eſſe exiſtimabant. Solvitur tamen, ſi dicamus, in aliquibus ut duplex conſiderari, cum ſcilicet id pupilli utilitas exigit; unde non unicum exigit contextum, ſed pater poteſt una hora heredem ſibi ſcribere, & altera pupillo: qua in re duplicis teſtamenti vim ſervat, *l. ſi quis eum* §. 1. *ff. de vulg.* Idipſum eſt, cum duæ dicuntur eſſe hereditates, altera patris, altera filii, *d. l. ſed ſi plures* §. 3. *ff. cit. tit.* In aliquibus vero, ut ſimplex teſtamentum haberi, & non niſi ſeptem teſtes exigi, unicam detrahi Falcidiam, quia id pupillo magis conducit. Ita quam facillime hæc difficultas tollitur, & evaneſcit, quæ ardua adeo viſa eſt Juſtiniano, ut eam indeciſam reliquerit *in* §. *igitur*, *Inſtit. de pupillari*.

II. Pro Baroni pupillariter ſubſtituente in feudis non una ratio vigere videtur; viget enim ea, quam modo in milite poſuimus. Viget præterea alia, quæ deſumitur ex ſubſtitutione pupillari, habita pro teſtamento filii; quippe pater dum jure patrio pupillariter filio ſubſtituit, utitur ea poteſtate, quam filius haberet, ſi ſui juris effectus, ac in legitima ætate conſtitutus, ſibi teſtamentum conderet; & vellet ſibi ſcribere eundem heredem, quem ei dedit pater, etſi ipſe pater in teſtamento, quod facit ſibi, non poſſet jure proprio talem heredem facere, *d. l. Papinianus* §. *ſed nec impuberis ff. de inoff. teſtam.* Itaque cum ſubſtitutio pupillaris pro filii teſtamento habeatur, tanquam ſi ſui juris eſſet, & adultæ ætatis, utique in feudis licita erit, quia apud nos cuivis Feudatario teſtandi facultas benigne conceſſa eſt. Erunt proinde duo teſtamenta, unum patris, alterum filii; unde fit, ut pater ſemel tantum, non etiam bis, videatur uti facultate teſtandi ſibi conceſſa.

Verum alii in contrarium nituntur; & quamvis concedant hæc omnia recte ſe habere extra cauſam feudalem, negant tamen inde quidquam concludi poſſe pro Barone pupillariter ſubſtituente in feudis; quippe leges teſtamentariæ juris civilis, jure feudali neque receptæ, neque cognitæ ſunt; ut propterea velint controverſiam hanc omnem aliis rationibus examinandam, & diſcutiendam eſſe, ſimilitudine accita ex iis, quæ in re teſtamentaria populo Romano primis Reipublicæ temporibus acciderunt.

Primum itaque ſatis durum, & ab omni ratione alienum videbatur, ut quis teſtamentum de ſuis bonis condat; cum enim teſtamentum vim non habeat, niſi poſt teſtantis mortem, *l.* 1. *cum ſeq. ff. de hered. vendita*, inde fit, ut diſponat quis de rebus in id tempus, quo amplius rerum earum dominium non eſt habiturus; quandoquidem morte omnia ſolvuntur. Videbatur itaque teſtandi facultas omnis morientibus deneganda, qui de rebus ſuis, ſi velint, diſponant inter vivos; donando, vendendo, cum ſcilicet adhuc domini ſunt, Faber in *rationalibus ad l.* 1. *ff. de teſtamentis*. Et eo reſpexiſſe creditur teſtamentum per æs, & libram, ubi teſtator bona ſua fingebat vendere anteſtato, de quo in *tit. de teſtamentis* diximus.

Verum deinde, hac juris ſubtilitate omiſſa, unicuique patrifamilias libera teſtandi facultas conceſſa fuit, ut ſcilicet de rebus ſuis etiam poſt mortem, cum dominus amplius non eſt, diſponat: idque ex ampliſſimis XII. Tabularum verbis: Uti legaſſit ſuæ rei, ita jus eſto, *l. verbis legis ff. de verb. ſignif.* At non ſtatim conceſſa teſtandi poteſtate, etiam pupillariter ſubſtituendi poteſtas conceſſa viſa eſt; nam ut hanc paterfamilias haberet, neceſſe præterea fuit, ut ea ipſi moribus

bus Populi Romani permitteretur, §. *nam moribus*, *Inſtit. de pupillari*.

Non diſſimili modo diſcurrendum eſt in feudis. Eſt plane feudatario omnis diſponendi poteſtas de feudo per teſtamentum denegata, *cap.* 1. *de ſucceſſione feudi*; non tamen ex eo, quia de ipſis poſt mortem, cum ipſorum amplius dominus non eſt, diſponeret: ſed alia prorſus ratione. Quippe alterutrum accidat, neceſſe eſt; vel enim diſponit, præter, ſeu contra id, quod in inveſtitura contentum eſt, & eſſet rei feudalis alienatio, quæ ſine domini permiſſu fieri non poteſt, ut in titulis *de prohibita feudi alienatione per Lotharium*, & *per Fridericum*: vel diſponeret juxta ejuſdem inveſtituræ leges, & inutile prorſus teſtamentum erit, cum nihil, niſi quod in inveſtitura habetur, contineat.

Hæc de jure communi; at hodie ex legibus noſtri Regni licitum eſt Baroni, ut de feudis libere diſponat, ſeu leget. Non tamen propterea dicendum eſt, ei conceſſam intelligi poteſtatem pupillariter ſubſtituendi, ſicut enim Civis Romanus ex poteſtate teſtandi, quam illi dederant leges decemvirales, non propterea poterat pupillariter ſubſtituere; ita nec poterit Baro, niſi novi mores, vel novæ leges ſpecialiter hanc ei poteſtatem concedant. Quippe, ut ex dictis conſtat, tria apud Romanos tempora hac in re diſtinguenda ſunt. I. Regum, ſub quibus nulli diſponendi de rebus ſuis per teſtamentum facultas fuiſſe videtur: alterum legum Decemviralium, cum id conceſſum eſt: ultimum, cum moribus etiam ſubſtituendi pupillariter impertita poteſtas eſt. At vero in feudis hæc tria tempora hactenus non habemus, ſed duo tantum priora, ultimum vero deficit: quippe adhuc neque mores, neque leges extant, quæ hoc pupillariter ſubſtituendi jus conceſſerint.

Ex his colligunt I. quod etſi in Regno noſtro ex *pragm.* 33. *de feudis* permiſſum ſit Baroni morienti, ut poſſit in teſtamento fœminam proxime ſucceſſuram excludere, vocando ad ſucceſſionem maſculum eum, qui tempore conditi teſtamenti, ſuccederet, ſi fœmina non extaret; non propterea tamen eidem Baroni conceſſum intelligitur, ut pupillariter ſubſtituendo, eadem facultate uti poſſit. Exemplum eſto: quis filium impuberem ſibi in feudis ſcripſit heredem, eique in pupillari ætate decedenti ita ſubſtituit, ut ad hereditatem pupilli vocaret patruum ſuum, excluſa vigore *d. pragm.* 33. pupilli ſorore, quæ eidem pupillo erat proxime ſucceſſura. Non inquiunt, id facere poteſt, quia in pragmatica modo dicta ſolum diſponendi, & teſtandi, non etiam pupillariter ſubſtituendi facultas conceſſa eſt.

Colligunt II. quod licet ex *pragm.* 34. *de feudis* licitum ſit Baroni, ut in feudis ſuis majoratum inſtituat, & fundet, hoc eſt, ut ad feudorum petitionem admittatur ſemper qui in familia major natu eſt, ſeu, ut dicitur, primogenitus; tamen non inde fit, ut eidem Baroni pupillariter ſubſtituere liceat; quandoquidem majoratus non eſt, niſi fideicommiſſum certis perſonis ex familia relictis, ex *l. cum ita legatur* §. *in fideicomm. ff. de legat.* 2. & poſt alios docuit Molina 1. *de primog.* 1. *num.* 7. fideicommiſſum vero nihil commune habet cum ſubſtitutione pupillari, præſertim cum fideicommiſſum ne in genere quidem ſubſtitutionum ſit, ut ex Duareno, Donello, Fabro, aliiſque in Inſtitutionibus probavimus.

Neque dicas actum iſtum, etſi non valeat tanquam ſubſtitutionem pupillarem, valere tamen debere uti fideicommiſſum; hoc enim rejicitur primo ex textu in *l. verbis civilibus ff. de vulg.* ubi ſi quis paganus verbis civilibus, ſive directis, filio ſubſtituat poſt 14. annum, pupillaris ſubſtitutio finitur ipſo anno 14. eo vero emenſo, non reſolvitur in fideicommiſſum, ſeu, ut textus loquitur, fruſtra fit. Puta, filius meus heres eſto, quod ſi intra viceſimum quintum ætatis annum vita deceſſerit, Cajus heres eſto; quippe filio obeunte intra 14. annum, ſubſtitutus ex pupillari omnia pupilli bona capiet: at poſt eam ætatem omnino excludetur; niſi tamen miles ſit, qui ita teſtando diſpoſuit; eo enim caſu ex privilegio militum, filio poſt 14. annum fatis cedente, ſubſtitutio reſolvetur in fideicommiſſum, ex quo Cajus patris dumtaxat bona cum fructibus inventis in hereditate capiet, *l. centurio ff. de vulg.* Itaque quia Baro teſtando non habetur, ut miles, ſed ut paganus, propterea ejus pupillaris ſubſtitutio nequit ex privilegio militum in fideicommiſſum verti; quocirca in feudis non eſt recepta regula: ſi quod ago non valet, uti ago, valeat uti valere poteſt, ſicuti poſt Andr. de Iſernia docet Montanus in *cap. imperialem n.*209. & 234. *de prohib. feudi*

Digitized by Google

feudi alienat. per Fredericum , & Antonius Maurus *allegat.* 16.

An in ſubſtitutione pupillari inſit vulgaris.

Ad l. jam hoc jure 4.

QUÆSTIO III.

Diſputatum de hac re olim Romæ eſt in M. Curii cauſa, de qua multat extat apud Ciceronem, & Quintilianum mentio, quod viri Conſulares Q. Mutius Scævola, & L. Craſſus, ambo eloquentiſſimi, ambo juris peritiſſimi, in contrarias partes iverint. Nam Coponius quidam teſtamentum fecit, relicto herede filio, qui ſibi ex uxore prægnante naſceretur in decem menſibus, & ſi is moreretur priuſquam in ſuam tutelam veniret, M. Curium ſubſtituit. Accidit, ut natus poſthumus nullus ſit, & apud Centumviros quæſitum eſt, utrum M. Curius ſecundus heres excluſus ex pupillari ſubſtitutione, admitteretur ſaltem ad hereditatem Coponii teſtatoris ex vulgari, quæ tacita in pupillari inſit.

Et quæſtio fuit, ut conſtat ex Cicerone *Bruto*, quid ſequendum ſit, utrum quod ſcriptum erat, an potius æquum, & bonum. Scævola enim ſcriptum tuebatur, nempe, ut tantum unuſquiſque velle videretur, quantum expreſſiſſet, *l. qui heredi in princ. ff. de condit. & demonſtr. l. ſicum dotem ff. ſol matr.* Quocirca cum in ſpecie propoſita vulgaris ſubſtitutio a teſtatore expreſſa non ſit, dici nequis eam in pupillari tacite comprehendi. At Craſſus pro æquo & bono ſtabat, contendens voluntatem teſtatoris ex æquo & bono eam eſſe cenſendam, ut is ſibi, non nato filio, heres eſſet, qui filio nato, & in ætate pupillari mortuo, eidem filio heres futurus erat, ideſt, ut in pupillari ineſſet vulgaris. Quid in hac Curiana cauſa a Centumviris ſtatutum ſit, non conſtat; ex Cicerone tamen colligi poſſe videtur, Q. Scævolam victum fuiſſe, cum dicat eum obrutum a Craſſo argumentorum, exemplorumque copia.

Sed jam hæc omnia plenius diſcutienda ſunt. Noſtri Interpretes communi fere calculo Craſſi ſententiam amplexi ſunt, docentque ſubſtitutionem a patre filiofamilias factam in ſecundo caſu, nempe, ſi filius heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit, tacite continere ſubſtitutionem, quæ in primo caſu fit, ſeu vulgarem, prorſus ut filio herede non exiſtente, ſubſtitutus vi tacitæ vulgaris ſuccedat in hereditatem teſtatoris. Ita Accurſ. Bart. & reliqui in *l.* 1. & in *l. jam hoc jure ff. de vulg.* & noviſſime Henricus Brenkman in erudita, & eleganti *Diatriba de Eurematicis Modeſtini cap.* 7.

In contrarium tamen primus omnium pugnavit Lancellottus Politus in *tract. de ſubſtitutionibus, cap. de vulgari*, & latius *cap. de pupillari*, qui Scævolæ ſententiam ſequutus, docuit nullam dari vulgarem ſubſtitutionem tacitam, quæ in pupillari contineatur. Idipſum deinde defendit Viglius *Inſtitutionib. de pupillari, in princ.* quibus ſe comitem dedit Antonius Faber *de erroribus pragm. deciſ.* 32. *err.* 9. *& ſeq.* qui vulgarem ſubſtitutionem tacitam ab Interpretibus noſtris per nimiam juris imperitiam confictam eſſe ait, nec antiquis Juriſconſultis cognitam. Quæ ſane verba Faber effudit non ſine ſumma L. Craſſi injuria, quem ejus ſententiæ auctorem eſſe ignorare non potuit, quamvis eum non nominet: qui tamen Craſſus a Cicerone in *Bruto* eloquentium Juriſperitiſſimus, ut Scævola Juſperitorum eloquentiſſimus appellatur.

Nos ſane Craſſi ſententiam non modo a Centumviris probatam, ſed præterea eam in noſtro jure expreſſam putamus, ut ſcilicet pater, qui filio impuberi ſubſtituit in caſum pupillarem tantum, in vulgarem quoque tacite ſubſtituiſſe intelligatur.

Movemur primo ex noſtra *l. jam hoc jure*, quæ excerpta ex Modeſtino, libro ſingulari *de Eurematicis*. Sunt autem Græce εὑρηματικὰ idem, quod Latine Conſilia, remedia, quæ in caſum aliquem dubium excogitantur, ut quis tutus ſit. Vulgo *cautelas* dicimus. Itaque Modeſtinus conſilium præſtans patri, ut ſe gerere debeat in ſubſtituendo, cum duos habet filios, puberem unum, alterum impuberem, monet eum, ne reciprocam ipſis ſubſtitutionem faciat, dicendo, *Filii mei heredes ſunto, eoſque invicem ſubſtituo*; quippe eo modo in vulgarem tantummodo caſum facta videtur ſubſtitutio ex D. Marci conſtitutione; etſi enim filius impubes duplicis ſubſtitutionis capax ſit, hoc eſt, vulgaris, & pupillaris, quia tamen alter filius pubes non eſt capax, niſi unius tantummodo vulgaris, ea-

Digitized by Google

eapropter hæc ſolum utrique in reciproca facta cenſetur; cum enim reciproca ſubſtitutio æqualitatem utrinque exigat, incongruum inde videtur, ut in altero filio duplex ſit, in altero ſimplex. His ita ſtatutis, conſilium patri Modeſtini præbet, in hæc verba: *Hoc itaque caſu ſingulis ſeparatim ſubſtituere pater debebit: ut ſi pubes heres non extiterit, impubes ei ſubſtituatur. Si autem impubes heres extiterit, & intra pubertatem deceſſerit, pubes frater in portionem coheredis ſubſtituatur: quo caſu in utrumque eventum ſubſtitutus videbitur.*

Hæc poſtrema verba manifeſte probant, ſubſtitutionem factam in caſum pupillarem expreſſum, trahi ad vulgarem; docet enim Modeſtinus, patrem, inſtitutis filiis, relicta reciproca, debere duas ſeparatim ſubſtitutiones facere, vulgarem filio puberi, hoc modo: quod ſi filius pubes heres non erit, impubes heres eſto; ſecundo pupillarem filio impuberi, ita: quod ſi impubes heres erit, & infra pubertatem (hoc eſt, in ætate pupillari) deceſſerit, pubes heres eſto. Ex quo fieri ait, ut pubes in utrumque caſum videatur ſubſtitutus, hoc eſt, tam ſi frater impubes heres non ſit, quam ſi heres ſit, & antequam in ſuam tutelam veniat, deceſſerit; ut proinde manifeſtum ſit, in pupillari expreſſa tacite vulgarem ineſſe. Et hoc eſt quod volunt ſibi ea verba: *Quo caſu in utrumque eventum ſubſtitutus videbitur.*

Quippe ita intelligenda eſſe hæc poſtrema verba, tum per ſe patet, tum etiam ex ſpecie, in qua Modeſtinus patri conſilium præbet; quærebatur enim, qua ratione poſſet pater filio puberi vulgariter ſubſtituere, & filio impuberi tam vulgariter, quam pupillariter, ut ita eis fierent ſubſtitutiones omnes, quibus capaces ſunt. Et monet primo Modeſtinus patrem, ne contentus ſit ſola reciproca, dicendo, eiſque invicem ſubſtituo, quia hæc utrinque ſolam vulgarem contineret, ob æqualitatem, quam ſervare debet. Conſulit deinde, ut duas faciat ſubſtitutiones ſingulas ſingulis, nempe, ut puberi ſubſtituat in caſum vulgarem, impuberi in caſum pupillarem. Jam ſi pupillaris hæc non comprehenderet tacite etiam vulgarem, non ſatisfeciſſet Modeſtinus deſiderio patris, qui impuberi duplicem facere ſubſtitutionem volebat; ut propterea omnino dicendum ſit, Modeſtinum hic ſenſiſſe, in pupillari expreſſa tacite vulgarem ineſſe. Et ſane non modo ita ſenſit, ſed etiam ita clariſſime docuit, illis verbis: *Quo caſu in utrumque eventum ſubſtitutus videbitur*. Quæ L. Craſſi ſententia fuit.

Senſit Faber *d. err.* 10. *num.* 10. ſe his Modeſtini verbis premi, & miris modis ſe torquet, ut vim eorum eludat; & tandem dicit totam eam partem legis ſibi ſuſpectam videri. Ad quod commentum ſæpiſſime Faber, veluti ad ſacram anchoram, confugit. Quæ res adeo infeliciter ei ceſſit, ut ea ipſa quæ affert, per ſe ſola ſatis oſtendant, fruſtra contra tendi.

Primo enim fatetur, in poſtrema hujus legis parte tradi, ſubſtitutionem factam in caſum pupillarem trahi ad vulgarem; verum addit, totam eam partem ſibi ſuſpectam videri, digniоremque vacillantis ac titubantis Triboniani inſcitia, quam Modeſtini peritia; quænam enim, ait, quæſtio poterat occurrere, an ſubſtitutio pupillaris expreſſim facta impuberi contineret vulgarem tacitam, ſi qua unquam eſſet tacita vulgaris ex D. Marci conſtitutione? Reſpondemus tamen, non eam hic a Modeſtino agitari quæſtionem, Faber ait, ſed quæſtioni tantum, quæ cautio excogitanda ſit per patrem, qui duos habeat filios, puberem, & impuberem, ut omni modo eis ſubſtituat; ubi cum dicit, ſatis eſſe, ſi impuberi pupillariter ſubſtituat, quia ita in caſum etiam vulgarem ſubſtituiſſe intelligetur, utique non diſputat de hac re, ſed eam doctrinam pro certa habet, tanquam jam firmatam D. Marci conſtitutione; utitur tantum ea ad ſpeciem propoſitam, uti patri cautum ſit. Eſt enim ea lex excerpta ex Modeſtini libro ſingulari de *Heurematicis*, ut ex inſcriptione manifeſtum eſt. Sunt autem græce εὑρήματικά idem quod latine conſilia, remedia, quæ in caſum aliquem dubium excogitantur, ut quis tutus ſit. Hodie barbari *Cautelas* vocant.

Sed parum hac Reſponſione fiſus Faber (ſenſit enim eſſe leviſſimam) alio ſe vertit, & ſecundo loco dixit, ex ſpeciali ratione hic factum, ut pupillaris ſubſtitutio trahatur ad vulgarem, ut propterea nequeat inde generalis regula ſtatui, id ſemper eſſe, aut intelligi debere. Specialem autem rationem eam eſſe dicit, quia in propoſita ſpecie fuerat expreſſa mutua ſubſtitutio, directa utraque, ſed una vulgaris, altera pupil-

pillaris, quæ licet ipſa nec vulgaris ſit, nec vulgarem continere ſoleat, facile tamen poteſt includere vulgarem, cum ex alia parte jam adeſt vulgaris. Sunt enim favorabiles mutuæ omnes, & reciprocæ diſpoſitiones, *l. ſi pater puellæ C. de inoff. teſtam.* facileque mutuam ſibi præbent interpretationem, quam res ipſa ferre poteſt. Hæc tamen nihil obſtant, mirum eſt, non vidiſſe Fabrum, nullam hic validam ex mutua diſpoſitione rationem elici poſſe; quippe nulla mutua diſpoſitio eſſe poteſt, ubi eſt inæqualitas, ut textus etiam noſter docet. Et ſane in noſtra ſpecie ſumma inæqualitas verſatur, cum uni filio proponatur ſubſtitutum fuiſſe in caſum vulgarem, alteri in pupillarem. Quare verum non eſt, Modeſtinum moveri ex ratione ſpeciali ex mutua ſubſtitutione petita, ſed dicendum potius eſt, ita ſtatuiſſe ex generali conſtitutione D. Marci, qui Craſſi ſententiam ſequutus eſt, cujus rationem inveſtigare jam tempus eſt.

Moventur itaque II. ex ratione Craſſi deſumta ex bono, & æquo, quam etiam ſupra tetigimus. Multa quippe in jure noſtro ex bono & æquo inducta ſunt contra, ſeu præter ſcriptum, ut conſtat in contractibus bonæ fidei, in quibus multa ſubintelliguntur, quæ ſcripto expreſſa non ſunt: multa etiam inducta ſunt a mera juris ratione aliena, &, ut de aliis caſibus taceam, ita eſt, ubi de ſubſtitutionibus agitur. Conſtat enim ex D. Marci conſtitutione inductum eſſe, ut ſi pater filio ſuo impuberi ſubſtituerit in caſum vulgarem, videatur etiam ſubſtituiſſe in caſum pupillarem, *d. l. jam hoc jure, in princ.* quamvis enim ſi inſpiciamus aut ſcriptum, nihil verba vulgaris commune habent cum verbis pupillaris: aut rationem, longe inter ſe abeunt dare heredem ſibi, quod fit in vulgari, ac dare filio, quod fit in pupillari; tamen D. Marcus, ſpretis his omnibus, contra ſcripta, & contra meram juris rationem ſtatuit, ut in vulgari filio facta tacite inſit pupillaris, nempe ex bono & æquo, ut faveret pupillo, qui ob ætatis defectum condere ſibi teſtamentum nequit.

Jam hoc bonum & æquum facit, ut dicendum etiam ſit, in ſubſtitutione pupillari filio facta inſit tacite vulgaris favore teſtatoris; qui tamen favor non fundatur in eo, quod ipſe non potuerit ſibi teſtamentum condere, ut eſt de pupillo; ſed fundatur in voluntate & mente teſtatoris; nam quem vult heredem eſſe filii ſui heredis, eundem neceſſario ſibi heredem velle videtur, ex regula, quod heredis heres, meus eſt heres, *l. heredis 65. ff. de verb. ſignif. cum concordantib.* Unde ſubſtitutus pupillaris duorum heres eſt, & pupilli, & teſtatoris; ex quo ſtatutum eſt, ut cum utrumque conſequi non poteſt, unum ſaltem conſequatur, hoc eſt, ut deficiente pupillari, admittatur ex vulgari. Et quamvis id teſtator non expreſſerit, ex bono tamen & æquo id voluiſſe videtur, adeout has duas ſubſtitutiones ſi comparamus, melior videtur cauſa vulgaris tacitæ, quæ præter favorem teſtatoris, aliqua etiam juris ratione nititur, quam tacitæ pupillari, quæ ex mero pupilli favore dependet.

Interim neſcii non ſumus filio non ſolum inſtituto, ſed etiam exheredato pupillariter ſubſtitui poſſe, §. *non modo, Inſtitutionib. de pupillari;* ſed dicimus in hoc caſu vulgarem in pupillari non ineſſe, cum ceſſet ratio legis, quæ eſt, ideo ineſſe, quia qui vult aliquem heredem eſſe filio pupillo ſuo heredi, eum vult ſibi heredem eſſe: ſcimus quoque hunc caſum perquam rariſſimum eſſe, præſertim attento novo jure Juſtinianeo, ex quo filius, niſi ex vitio ingrati, quod facile in impubere locum non habet, exheres ſcribi nequit. Ceterum quæ ſemel, aut bis accidunt, prætereunt legislatores, nec ex eo regulam mutant, *l. 2. num. 6. ff. de ll.*

His ita ſtatutis, proximum eſt, ut videamus quibus moti rationibus Politus, Viglius, & Faber in contrarium iverint ſententiam. Multa ſane ſunt, quæ ad evertendam Craſſi ſententiam pro Scævola congerunt, quarum nonnulla per ſe ex jam dictis evaneſcunt, veluti cum hanc opinionem ajunt nullo jure probari, alia levia ſunt; quare ea ſolum adducemus & examinabimus, quæ majoris momenti eſſe videntur.

Producunt I. textum in *l. paterfamilias ff. de priv. creditor.* quem Pandectæ Florentinæ reponunt ſub *tit. de bonis auct. judicis poſſid.* ubi Jabolenus tractans de impubere filio, cui paterfamilias ſubſtitutum dederat, ſi ante pubertatem deceſſiſſet, negat expreſſe, debere admitti ſubſtitutum vivo filio, etiamſi is filius paterna hereditate ſe abſtinuerit; ideoque bona patris interim vendi oportere ait, ut creditoribus fiat ſatis. Et nihilominus ſubſtitutus admitti debebat, jam inde

Digitized by Google

inde vivo filio, & cogendus, ſi ſubſtitutionem agnoviſſet, ut creditoribus paternis reſponderet, ſi quo unquam caſu tacita vulgaris ex pupillari expreſſa induci poſſet.

At quamvis Faber admodum ſibi in hoc textu placeat, eumque elegantiſſimum, & apertiſſimum vocet, prorſus ut eludi non poſſit; tamen, ſi verum amamus, nihil eſt, quod faciiius & promtius rejiciatur. Attendenda enim eſt temporum Chronologia, qua multæ juris difficultates enodantur. Dicimus itaque, tempore Jaboleni nondum latam fuiſſe D. Marci conſtitutionem, ex qua in pupillari vulgarem ineſſe determinatum eſt. Floruit enim Priſcus Jabolenus ſub Imperatore Trajano, ut conſtat ex Plinio 2. *lib.* 6. *ep.* 15. Id autem incidit in annum urbis conditæ 860. circiter. Multo vero poſt regnavit M. Antoninus, qui ſimul cum Ælio Vero imperium iniit anno U. C. 913. Nil ergo mirum, ſi Jabolenus docet, filio abſtinente, non fieri locum ſubſtituto pupillari, cum pupillarem ſubſtitutionem nondum per ea tempora vulgarem comprehendere eſſet ſtatutum. Hodie poſt D. Marci conſtitutionem ſecus ſe res habet, & omnino admittetur ſubſtitutus, nec patris bona a creditoribus vendi poſſunt, qui contra ſubſtitutum actionem inſtituunt. Videnda tamen, quæ dicentur infra.

Producunt II. textum Papiniani in *l. pater inſtituto ff. de captivis*, cujus ſpecies hæc eſt: Pater in teſtamento, quod condiderat, filium impuberem, quem in poteſtate habebat, heredem inſtituit: tum ei ſecundas tabulas ſcripſit, hoc eſt, ſubſtituit in caſum pupillarem. Poſt hæc accidit, ut pater ab hoſtibus captus, ibidem deceſſerit: demum impubes filius vita functus eſt. Contendebat agnatus, ſe ad hereditatem impuberis admitti debere ab inteſtato, quaſi jam pupillaris ſubſtitutio evanuiſſet: quippe ad pupillaris validitatem opus eſt, ut filius, quo tempore pater moritur, ſub ejus poteſtate reperiatur. Quod in eo caſu non erat; jam etiam filius per captivitatem patris, ſui juris erat effectus, hoc eſt, vivo adhuc patre. His tamen nil motus juriſconſultus ſtatuit, ſubſtitutionem pupillarem vires ſuas habere, quia ex fictione legis Corneliæ, pater, qui non rediit, jam tunc deceſſiſſe intelligitur, ex quo captus eſt. Nimirum, cum filius adhuc ſub patris poteſtate erat. Hactenus Papinianus.

Ex his ergo eliciunt, ſubſtitutionem vulgarem tacite non contineri in pupillari; nam ſi contineretur, omnino vana fuiſſet legitimi heredis oppoſitio contra ſubſtitutum, qui excluſus ex pupillari, admitteretur ex vulgari.

Hoc tamen argumentum vaniſſimum eſt; non enim quæſtio de inſtitutione fuit, ſed de ſubſtitutione. Sane jam filius ex neceſſitate juris civilis heres erat, nec proponitur uſus beneficio Prætoris: ex quo omnis vulgaris ſubſtitutio evaneſcit, non modo ſi tacite, ſed etiam ſi expreſſe facta proponatur. Quare cum de hac quæri nullo modo poſſet, merito quæſitum ſolum eſt de pupillari, an ea valeret.

Viſum eſt, Scævolæ ſequaces nihil valere legibus: videamus modo, an plus valeant rationibus, quæ omnes eo tendunt, ut oſtendant ex hac tacita vulgari, quæ in pupillari inſit, multa abſurda contra juris noſtri regulas ſequi. Nec mirum: nihil adeo eſt certum, & patens, ut non ratione aliqua infirmari poſſit, *l. non omnium ff. de legibus*; quod maxime accidere in caſu noſtro neceſſe eſt, ubi non ex ſtricto jure agitur, ſed ex æquo, & bono. Hæc enim contraria ſunt & ſibi invicem adverſantur, ut omnino neceſſe ſit, contra ea, quæ æquitate ſola nituntur, multa ex mero jure pugnare; quod ſatis oſtendit comparatio juris civilis, cujus eſt rigor, & Prætorii, cujus eſt æquitas. Propterea abſurda, quæ objiciunt, omnia uno poſſunt ſpiritu diſſlari, dicendo, ea locum habere, attenta mera juris ratione, non etiam attenta æquitate; concedimus enim ex juris rigore abſurdum eſſe, in pupillari ineſſe vulgarem, non minus atque abſurdum eſt in vulgari comprehendi pupillarem; cum longe diſtent dare ſibi heredem, quod fit in vulgari, ac dare filio, quod fit in pupillari: tamen ut bonum & æquum favore pupilli obtinuit, ut in vulgari inſit pupillaris, ita etiam idem bonum & æquum feciſſe dicimus, ut ex mente teſtatoris in pupillari ineſſe vulgarem cenſeatur. Quorum utrumque in *l. jam hoc jure ff. de vulg.* conſtitutum reperiri probavimus. Hæc ſatis eſſent reſpondiſſe ad omnia abſurda a Fabro adducta, in quibus excogitandis pueriliter ſibi complacuit, quod dolenter dixiſſe velim; ne tamen noſtræ cauſæ aliqua ex parte junioribus defuiſſe videamur, nonnulla, quæ majorem vim habere

here videntur, privatim examinabimus.

Dicit ergo Faber, in formula illa pupillaris ſubſtitutionis: Si filius meus heres erit, & impubes deceſſerit, Titius heres eſto, patrem quodammodo proteſtari ſe filio teſtamentum non condere, niſi in eum caſum, quo filius, ſe mortuo, heres ſit, & deinde antequam in ſuam tutelam venerit, moriatur; nam conditio pupillaris ſubſtitutionis non tam eſt conditio, ſub qua vocetur ſubſtitutus, quam conditio, ſine qua non vult, nec poteſt pater facere filio teſtamentum. Ergo abſurdum eſt, ut in his verbis intelligatur datus etiam heres patri, vivo quoque pupillo.

Quæ ut plenius intelligantur, recolendum eſt, ex Ulpiano in *l. liberis ff. de vulg.* ſubſtitutionem pupillarem ex natura ſua puram eſſe, ut quæ tota concluditur tribus verbis illis: Titius heres eſto, quæ, ut nemo non videt, pura ſunt, niſi aliunde conditio inſerta ſit, veluti, Titius heres eſto, ſi mihi heres erit. Pura enim diſpoſitio, vel conditionalis, ex eo dignoſcitur, quod hereditas per eam, vel ſtatim mortuo teſtatore, vel non ſtatim, defertur. Quia ergo pupillaris ſubſtitutus ſtatim poſt pupilli mortem, ad ejus hereditatem admittitur, negari non poteſt, pure eſſe ſubſtitutum. E diverſo negari nec poteſt, particulam, *ſi*, a quo ſolet incipere formula pupillaris ſubſtitutionis, hoc eſt: Si filius heres erit, & impubes deceſſerit, negari, inquam, non poteſt conditionem facere, *l. itaque ff. ſi certum petatur*; propterea dicamus opus eſt, eam conditionem reſpicere non ſubſtitutum, ſed patrem teſtantem, quaſi dicat ſe pro filio teſtamentum condere ſub ea conditione, Si filius heres erit, & in ætate pupillari deceſſerit. Cum vero deinde condit, pure condit, dicendo, Titius heres eſto.

Reſpondemus tamen, hanc doctrinam & pulchram, & veram eſſe, ſed tamen nullum inde abſurdum contra vulgarem tacitam deduci poſſe, ut quæ non nititur verbis pupillaris ſubſtitutionis, ſed nititur mente patris ſubſtituentis, qui dando heredem filio inſtituto, ſibi quoque dediſſe videtur, ex regula, quod heredis heres, meus etiam heres eſt, ut non ſemel jam diximus. Non ergo rigorem, & verba in hac re attenderunt legumlatores, ſed benignitatem, & mentem; ſicut pariter accidit, cum caſum vulgarem traxerunt ad pupillarem; nam ſi rigorem ſolum verborum inſpicias, abſurdum eſt, ut ex vulgari, ubi teſtator ſibi ſolum heredem conſtituit, deducatur pupillaris, ubi non ſibi, ſed filio heres datur. Quod quidem contra rationem eſſe non negat Faber *d. err. 9. n. 11.* addens tamen abſurdum tolli per Imperatoris conſtitutionem ſolo pupillorum favore ſubnixam. Dicimus nos, ita quoque abſurdum, ut in pupillari inſit vulgaris, tolli per expreſſum textum in *d. l. jam hoc jure*, ſola teſtatoris mente ſubnixum; non enim bonum & æquum, quod receptum eſt in uno caſu, debet rejici in altero.

Ex his patet, quid ceteris abſurdis, quæ comminiſcuntur, reſpondendum ſit, veluti, quod videretur principale, uti eſt ſubſtitutio vulgaris, contineri in acceſſorio, ut eſt pupillaris: item quod videretur filius impubes, qui ſibi condere teſtamentum non poteſt, condere tamen pro patre, & hujuſmodi alia. Omnia enim hæc abſurda emanant ex ſcripto; ſive ex verbis, quæ tamen hic non attenduntur; cum ſolum legiſlator præ oculis bonum & æquum habuerit.

COROLLARIA.

HÆc pro diſputatione præſenti ſatis eſſe puto: ex his tamen nonnulla colliguntur. Et I. pro ea ſingulari ſpecie, quam ſtatim initio ex cauſa Curiana produximus, ea quoque tractatur a Bartolo in *l. 1. num. 33. ff. de vulg.* ubi recte docet, ſubſtitutum pupillarem datum poſtumo inſtituto, ſi is deinde natus non ſit, debere admitti ex tacita vulgari, ſicuti ex hactenus diſputatis conſtat: Sed Bartolus alium inſuper profert textum in *l. pen. ff. de ventre inſpiciendo*, ubi Paulus ita ait: *Qui ventri ſubſtitutus eſt, ſi ventrem ſervare velit, audiendus eſt*. Ex hoc textu Bartolus propoſitionem jam poſitam apertiſſime probari ſcribit: aut ſaltem poſita ſententia noſtra, textum hunc pulchre explicari.

Primo enim ſermo hic eſſet de ſubſtituto pupillari, qui datus ſit poſthumo, hoc modo, ſi poſthumus heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit, ut ibidem Gloſſ. notat; Faber tamen *dec. 33. er. 3. n. 6.* de ſubſtituto vulgari intelligit dato his verbis: Si poſthumus non naſcetur. Ego ſemel dicam, quid de hac lege ſentiam, & de ſimilibus, ubi

ubi pupillo datus ſubſtitutus dicitur, ut in *l. ſi pater filium ff. de vulg.* Nempe putem ideo ſimpliciter ſubſtitutum dici, quia poſt D. Marci conſtitutionem parum intereſt, in quem caſum ſubſtitutus pupillo datus ſit, vulgarem ne, an pupillarem; nam alter alterum continet. Quod pro noſtra ſententia non leve argumentum eſt; nam ſi pupillaris ſubſtitutio non contineret in ſe tacitam vulgarem, abſurde Juriſconſulti feciſſent, tenebras toties nobis effundendo, nominato ſimpliciter ſubſtituto, quaſi divini nos ſimus, non interpretes. Itaque nihil vetat, quominus textum in *d. l. pen.* de pupillari ſubſtituto cum Accurſ. & Bart. capiamus.

II. Subſtitutus ideo petebat ventrem, ſeu mulierem prægnantem ſervari, & cuſtodiri, quia ſi natus poſthumus non eſſet, ipſe ſubſtitutus ex tacita vulgari debebat ad hereditatem teſtantis admitti; nam ei conceditur cuſtodes ventri apponere, cujus intereſt, partum non edi, hoc eſt, ei, qui partu non edito, habiturus eſt hereditatem, *l.* 1. §. *quamvis ff. cit. tit.* Ceterum ſubſtituti pupillaris intereſſe non poteſt, partum non edi, niſi in expreſſa pupillari inſit tacita vulgaris; ita enim, partu non edito, ad teſtantis hereditatem admittitur.

Ita e contrario in *l. ult. C. de inſtit. & ſubſtit.* vulgaris expreſſa facta in illum caſum, ſi poſthumus non naſcetur, poſthumo deinde nato, & intra pubertatem decedente, trahitur ad tacitam pupillarem.

II. Colligitur, quod ſi filius, cui a patre in caſum pupillarem facta ſubſtitutio eſt, deceſſerit vivo patre, utique ſubſtitutus tabulas teſtamenti paterni confirmabit, ſeu, quod perinde eſt, admittetur ad patris bona, ex tacita illa vulgari, quæ in pupillari ineſt; quæ vulgaris remanet, pupillari evaneſcente, *d. l. jam hoc jure*.

Neque hæc concluſio ulteriori indiget probatione: Bartolus tamen aliis etiam legibus idipſum nititur, quæ nihilominus parum, aut nihil ad rem faciunt.

Nam producit textum in *l. neque enim*, qui in Pandectis Florentinis eſt, *l. idem eſt* §. *ult. ff. de militari teſtamento*, ubi miles in teſtamento ſuo herede inſtituto, eique alio vulgariter ſubſtituto, ſervo libertatem reliquit: tum primum, & ſecundum heredem rogavit, ut hereditatem eidem ſervo per fideicommiſſum reſtituerent. Accidit, ut uterque heres mortem adierit, priuſquam hereditatem adiiſſent. Ex quo teſtamentum corruiſſe videbatur, ſucceſſuroſque ab inteſtato proximiores agnatos ſine ullo onere dandi ſervo aut hereditatem, aut libertatem; nam fideicommiſſum, niſi adita hereditate, non debetur, *l. ille a quo* §. *ſi de teſtamento ff. ad SC. Trebell.* Imperator tamen Antoninus cum D. Vero reſcripſit, militem non debere inteſtati exitum facere: ſed perinde habendum eſſe, ac ſi eidem ſervo libertas ſimul, & hereditas directo data eſſet, quod utramque ad eum pervenire teſtatorem voluiſſe, negari non poſſet. Ex quo textu Bartolus a fortiori ad noſtram ſpeciem argumentum deducit; nam ſi fideicommiſſaria diſpoſitio, quæ eſt obliqua, continet in ſe vulgarem tacitam, quæ eſt directa, multo magis pupillaris continebit vulgarem, cum utraque directa ſit. Eſt enim facilius, ut quæ jam directa, quam ut quæ obliqua eſt, aliam directam pariat.

Verum facile apparet, nullum ex hoc textu argumentum deduci poſſe, cum ſpeciale jus ſit, quod totum nititur duplici favore & libertatis, & militiæ, qui ab Imperatoribus hoc reſcriptum expreſſit; ut probatur ex eo, quod alibi, quam in caſu illius legis, non reperiatur fideicommiſſariam diſpoſitionem trahi ad directam. Quippe ſervorum, qui a pagano libertatem, & hereditatem per fideicommiſſum accipiunt, ſi heres inſtitutus, & ſubſtitutus, non adita hereditate decedant, ſola libertas confirmatur, evaneſcente fideicommiſſo, quamvis ſecus ſit in teſtamento militis, ut apertiſſime ait Mæcianus in *l. Antoninus ff. de fideic. libertatib.* ubi hoc ipſum Antonini reſcriptum refert. Ad hoc tamen, ut fideicommiſſum valuerit in *d. l. neque enim*, opus fuit enixa teſtantis voluntate, qui fideicommiſſum reſtitui petiit ab inſtituto, & repetiit a ſubſtituto.

Sunt qui pro Bartoli ſententia afferant reſponſum Juliani in *l. pater filium ff. de vulg.* quod magis ad rem noſtram facere videtur, ubi pater filium impuberem heredem ſcripſit, cui ita ſubſtituit, ſi quis mihi poſt mortem natus fuerit, heres eſto. Factum vero eſt, ut filius inſtitutus obierit, & mox vivo patre poſthumus natus ſit. Julianus ait teſtamentum non recipi, ſed natum filium patri heredem extiturum. Hunc textum Bartoli ſequaces intelligunt de ſubſtitutione pupillari filio

Digitized by Google

filio impuberi facta, non ut Gloſſ. de vulgari: & quia pupillaris jam evanuerat per obitum filii, vivo patre, quæſitum propterea eſt, an poſthumus rumperet teſtamentum, in quo non videbatur comprehenſus. Cum ergo Juriſconſultus ait non rumpi, filiumque videri teſtamento comprehenſum, certe id accidit, quia in ea pupillari inerat tacite vulgaris.

Gloſſa tamen, in hoc textu vulgarem ſubſtitutionem filio factam voluit. Quæ opinio ex eo orta eſt, quod verba illa, ſi quis mihi poſt mortem natus fuerit, perperam intelligit, poſt mortem impuberis me patre vivo. Quod certe longe a vero abeſt, cum palam de morte patris ſermo ſit; ecquis enim non videt, ea verba tantundem valere, ac ſi pater dixiſſet, ſi quis mihi poſthumus natus erit? Præterea ſi vulgaris expreſſa filio facta fuiſſet, nullo modo poterat dubitari eum cenſeri inſtitutum ex *l. ex facto* §. *Lucius ff. hoc tit.*

An inſit tacita vulgaris, vel pupillaris, cum mater eſt in medio.

QUÆSTIO IV.

HÆc quæſtio maxime proponitur pro explicando Diocletiani reſcripto in *l. precibus C. de impuberum & aliis ſubſtitutionibus*. Varie a Doctoribus in hac re diſtinctum eſt, ut videre eſt apud Bartolum in *l.* 1. *num.* 41. *ff. eod.* qui poſt varias contentiones, tandem in Accurſii ſententiam concedit, ut diſtinguatur inter matrem pupilli, & matrem teſtatoris, nempe ut nec tacita vulgaris inſit contra matrem teſtatoris, nec tacita pupillaris contra matrem pupilli. Quam ſententiam paſſim amplectuntur Jaſon, Ripa, Alciatus, aliique in *l. precibus C. de impuberum & aliis ſubſtitutionibus*, & in *l. ult. C. de inſtitutionibus*, Zaſius, Oddo, & ceteri, quos refert Fuſarius in hoc tractatu *cap. de pupillari*, *qu.* 157. Idem habet Fachin. 4. *contr.* 46. & 15. *contr.* 74. Verum hæc clarius exponenda ſunt.

Primo ergo de pupillari tacita. Quidam habens uxorem, & ex ea filium impuberem, condito teſtamento, filium inſtituit heredem, eidemque alterum ſubſtituit in caſum vulgarem. Accidit, ut agnita patris hereditate per filium, vulgaris ſubſtitutio expiret; tum vero filius in ætate pupillari decedit, ſuperſtite matre. Quamvis regula juris ſit, ſubſtitutum ad pupilli hereditatem admitti ex tacita pupillari, quæ in vulgari ineſt; hoc tamen caſu DD. ſupracitati in favorem matris pupilli eam pupillarem ineſſe negant, docentque matrem ab inteſtato ad filii hereditatem admitti, excluſo ſubſtituto.

Moventur primo ex *d. l. precibus C. de impuberum & aliis ſubſtitutionibus*, ubi cum miles filio impuberi, quem in poteſtate habebat, primo tantum caſu, hoc eſt, vulgariter ſubſtituiſſet, & filius patri heres extitiſſet, eo demum moriente in ætate pupillari, Imperator Diocletianus reſcripſit, non incerti juris eſſe, ad matrem omnino filii pertinere ſucceſſionem, excluſo ſcilicet ſubſtituto. Ex quibus aperte conſtat, ſuperſtite pupilli matre, caſum vulgarem non trahi ad pupillarem.

Moventur etiam ex *d. l. ult. C. de inſtitutionibus*, ubi non de milite, ut in *l. precibus*, ſed de pagano agitur. Quidam enim paganus uxorem ſimul, & filium inſtituit heredem: & præterea filio vulgariter ſubſtituit illis verbis, ſi heres non erit: vel, cum de poſthumo ageretur, ita, ſi filius natus non erit. Filius natus, & heres factus, deceſſit impubes. Orta dicitur controverſia inter Ulpian. & Papin. an ſubſtitutus ex pupillari tacita matri coheredi præferretur. Et Juſtinianus Papiniani ſententiam ſequutus, ſtatuit, matrem potius ad pupilli venire ſucceſſionem, quam ſubſtitutum. Cujus reſcripti DD. ſupracitati eam eſſe dicunt rationem, ne matri afflictæ ob immaturam filii mortem, adderetur afflictio, amiſſionis bonorum; quam rationem innui volunt in illis verbis legis: *Luctuoſam hereditatem ad matrem venire curavit*. Notum eſt autem, afflictis non eſſe addendam afflictionem, *l. jure ſuccurſum ff. de jure dotium*.

Hæc ita DD. ſtatuunt in pupillari tacita; nam certum eſt matrem excludi, ſi ſit expreſſa pupillaris ſubſtitutio, nec præterea de inofficioſo queri poſſe, *l. Papinianus* §. *ſed nec impuberis ff. de inoff. teſtamento*. Certum eſt quoque excludi, ſi ſit reciproca ſubſtitutio, veluti ſi duos filios impuberes ſcribam heredes, & eos invicem ſubſtituam; nam tunc intelligitur expreſſa duplex ſubſtitutio, vulgaris, & pupillaris, *l. Lucius ff. eod.* Balduinus in *Juſtiniano lib.* 3.

II.

Digitized by Google

II. In tacita vulgari. Quis filio impubere herede inſtituto, eidem in ætate pupillari decedenti, alium ſubſtituit. Filius tamen mortem patris prævertit, ex quo pupillaris ſubſtitutio expiravit. Tum moritur pater, matre ſua ſuperſtite relicta. Eo caſu docent nòn eſſe inducendam tacitam vulgarem contra matrem patris; prorſus ut mater teſtatoris eidem ab inteſtato ſuccedat, excluſo omnino ſubſtituto, qui ad ejuſdem teſtatoris hereditatem contendat admitti ex tacita vulgari; quæ hoc caſu non ineſſe dicitur.

Ratio hujus ſententiæ ex ſupradictis dependet; ſicut enim per pupillarem ſuccedi- tur pupillo, ita per vulgarem, patri; quocirca ſicuti pupillaris tacita non ineſt contra matrem pupilli; ita ineſſe non debet vulgaris tacita contra matrem patris; ut propterea concludant, nec tacitam vulgarem, nec tacitam pupillarem admitti poſſe contra matrem illius, cui ſucceditur. Ex quo apparet, totam difficultatem verſari circa priorem caſum ſubſtitutionis pupillaris tacitæ; quippe ex eo poſterior caſus vulgaris tacitæ dependet.

His ergo minime obſtantibus, dubitandum non eſt, quin ſubſtitutio pupillaris tacita locum habeat etiam contra matrem pupilli, niſi quidpiam proponatur, ex quo contraria voluntas teſtatoris appareat. Ita Baldus in *d. l. precibus*, Imola in *l. marib. ff. eod.* Connanus 10. *comment. ult.* Viglius *tit. de pupill. in princ.* Ant. Faber 15. *conject. 9.* & *de errorib. dec.* 33. *err.* 5. Coſta 2. *ambig.* 16.

Id I. probatur ex *l. jam hoc jure ff. de vulg.* ubi ea ſtatuitur regula, ut in vulgari expreſſa ſemper inſit tacita pupillaris, niſi alia patris ſubſtituentis voluntas fuiſſe appareat, ut habetur in illis verbis: *Utraque ſubſtitutio intelligetur, ſi voluntas parentis non refragetur*. Sed dici non poteſt refragari voluntatem parentis ob id ſolum, quod mater pupilli ſit in medio, cum nihil ipſe de hujus matre dixiſſe proponatur. Quare fit, ut hoc etiam caſu pupillaris tacita in vulgari contineatur, & filio pupillo ſubſtitutus ſuccedat, excluſa matre.

Quod ſi dixeris, favorem matris tantum eſſe, ut ex eo ſolo teſtator intelligatur voluiſſe nullam ineſſe tacitam pupillarem contra matrem, quamvis nihil de ea meminerit; facile reſpondetur, apud teſtatorem non tantum eſſe favorem matris pupilli, hoc eſt, uxoris ſuæ, ut non major ſit favor pupilli, ſeu filii ſui; nempe ut filius per ſubſtitutionem pupillarem decedat teſtatus; magis enim intereſt habere teſtamentarium heredem, quam legitimum, ſive honorem inſpicias, ſive etiam utilitatem; quod pupilli ſalus minus expoſita ſit inſidiis agnatorum, quoties pupillarem ſubſtitutum habet; nam duæ iſtæ & honoris, & utilitatis rationes in cauſa fuere, ut moribus populi Romani pupillaris ſubſtitutio induceretur.

Verum, ut jam expoſiti argumenti vis clarius, & penitius intelligi, & cognoſci poſſit, ſciendum eſt, ipſum totum fundari in natura legis, & in natura voluntatis teſtatoris. Quippe inter ceteras conditiones, quas Theologi ad legem exigunt, ea eſt, ut ſit certa, nec unquam ab incerto eventu dependeat, nec ejus poteſtas tacita unquam conditione ſuſpendatur, niſi quæ ſit omnino ex natura actus, *l. 2. ff. de juris & facti ignor.* juncta *l. aliquando ff. de conditionib. & demonſtrat.* Propterea nequit lex diſponere, ut vulgaris ſubſtitutio impuberi facta, ſub dubio, & in incertum eventum tacite contineat pupillarem, nempe ut ea inſit, ſi pupillus poſt matrem moriatur, at non inſit, filio ante matrem obeunte, & ut ex poſt facto cognoſcatur, quod antea fuerit. Quare ne lex ullo dubio eventu, contra ſuam naturam ſuſpenderetur, neceſſe fuit, ut certo ſtatueret, in vulgari a patrefamilias filio impuberi facta ſtatim tacite pupillarem ineſſe; abſurdum ſane eſſet, ſi in ſuſpenſo id relinqueret, itaut interim nec ineſſe dici poſſet, necnon ineſſe. Exemplum hujus rei eſto: qui de ſtatu dubitat, ſi condat teſtamentum, D. Pius reſcripſit, nullum teſtamentum fore, etiamſi deinde patremfamilias, aut liberum fuiſſe appareat eo tempore, quo condidit, *l. de ſtatu ff. de teſtamentis*. Cur ita? nempe quia legis poteſtas a dubio eventu pendere non debet, nec poteſt ſub dubio interim relinquere, utrum actus ſit valiturus, an non.

At non quæ legis natura eſt, eadem eſt voluntatis teſtatoris; hæc enim in dubium eventum referri poteſt, & a tacita conditione pendere, ut in *l. cum avus ff. de conditionib. & demonſtr. l. cum acutiſſimi C. de fideic.* Quod utique in caſu noſtro recte obſer-

ſervatum eſt, cum patri teſtanti permiſſum, ſit, ut poſſit, ſi velit, legi refragari, & tacitam pupillarem in dubio eventu ponere, utrum pupillus moriturus ſit ante matrem, an poſt matrem. Sed tamen inde fit, ut neceſſe omnino ſit, ut de hac patris voluntate ob aliquam ſaltem conjecturam conſtet. Ceterum hæc conjectura vel ex verbis teſtantis deſumenda eſt, ut in *d. l. ult. C. de inſtit.* ſicut mox explicabimus: vel ſaltem ex mente, ut in *d. l. cum avus*. Quorum neutrum in noſtra ſpecie locum habet; non enim hæc conjectura (ut ſcilicet pupillaris non inſit, matre pupilli ſuperſtite) poteſt ex verbis deſumi, cum nihil de matre teſtator dixiſſe proponatur. Non item ex mente, quia teſtantis mens ea potius videtur eſſe, ut faveat filio, dando ei heredem in pupillari ætate morienti, quam ut faveat uxori ſuæ, quæ ab inteſtato ſuccedendo, irritam ſubſtitutionem redderet, ut explicatum jam eſt.

Neque quidquam I. in contrarium urget textus in *d. l. precibus*, ut in quo ſermo eſt de teſtamento militis jure militari condito, ut propterea is, qui pupillo ſubſtitutus erat in caſum vulgarem expreſſum non admittatur in pupillarem tacitum, non quia mater eſſet in medio, ſed quia ex poteſtate legis tacita pupillaris non ſuppletur; quippe in teſtamento militis nuda ejus voluntas, ſeu id tantum, quod ſcriptum eſt, attenditur, & nihil a lege ſuppletur. Hinc eſt, quod in eo locum non habet jus accreſcendi, & heres ad tempus inſtitutus, ſemper heres non erit: præterea in legatis, & fideicommiſſis lex Falcidia ceſſat, *l. 1. l. certi, l. in teſtamento C. de teſtamento militis*. Cum ergo ſolum vulgaris ſubſtitutio in eo ſcripta ſit, ea evaneſcente ex eo, quod filius heres extitit, non ſuppletur a lege pupillaris tacita, & ſucceſſio ad legitimos heredes ab inteſtato defertur.

Ceterum, quod ibi de militis teſtamento agatur, manifeſtum eſt ex pluribus. I. quia in eo militis teſtatoris mentio fit, non ſolum ex precibus, ſeu ex libello mulieris, ibi: *Maritus quondam meus miles defunctus*; ſed etiam in diſpoſitione textus, ſeu in deciſione quæſtionis, illis verbis: *Siquidem in patris militis poſitus poteſtate*. Et verba in diſpoſitione poſita non ex vano videntur prolata, ſed ut aliquid operentur, *cap. ſi Papa* §. 1. *ubi Can. de priv. in 6.*

Manifeſtum etiam eſt, cum Diocletianus ait, *Non eſſe incerti juris matrem admitti*, excluſo ſubſtituto, qui hereditatem ex tacita pupillari petebat. Quæ ſane verba in teſtamento pagani locum habere non poterant; nuſquam enim conſtitutionem D. Marci, & & Veri, quæ ſtatuit in vulgari ineſſe pupillarem, legitur ante Diocletianum fuiſſe reſtrictam, matre pupilli in medio exiſtente; quocirca in pagani teſtamento potius fuiſſet dicendum, incerti juris eſſe: quod demonſtrat Ulpiani, & Papiniani controverſia, qui intermedio tempore inter Marcum, & Diocletianum floruere, quique in *d. l. ult. C. de inſtitutionib.*, matre in medio exiſtente, ex conjecturis ſibi invicem adverſabantur. At in teſtamento militis non immerito dicitur, non incerti juris eſſe, tacitam pupillarem in vulgari non comprehendi, & ſuccedi ab inteſtato; quia certi juris eſt, in militis teſtamento nihil ſuppleri, ſed id tantum attendi, quod ſcriptum, expreſſumque eſt, *d. l. certi C. de teſtamento militis, cum concordantibus*.

Eſt tandem manifeſtum ex eo, quod in *d. l. precibus* alia nonnulla contra receptas juris regulas ſtatuuntur, quæ non niſi in teſtamento militis locum habere poſſunt, de quibus in ſuo loco ſpeciatim agemus.

Neque II. urget textus in *d. l. ult. C. de inſtitutionib.*; quoniam ibi non ideo tacita pupillaris abeſſe præſumitur, quia mater eſt in medio, ſed quia mater inſtituta erat ex parte hereditatis teſtatoris, dataque coheres filio, ſive nato, ſive poſtumo. Inde enim voluntatis conjectura ſumebat Papinianus, quod pater noluiſſet a filii hereditate excludi matrem, quam in ſua hereditate filio coheredem dediſſet; ut propterea dixerit, in vulgari non ineſſe pupillarem, quia refragatur parentis voluntas, juxta conſtitutionem D. Marci. Et ſane hanc eſſe rationem, qua nitebatur Papinianus, conſtat ex *d. l. ult.* in illis verbis: *Si enim ſuæ ſubſtantiæ partem uxori dereliquit, multo magis & luctuoſam hereditatem ad matrem venire curavit*. Ergo ſi coheres data mater non fuiſſet, non eſt dubium, quin a ſucceſſione filii per ſubſtitutum excluderetur.

Putat tamen Antonius Faber, reſponſum Pa-

Digitized by Google

Papiniani corruptum a Triboniani inſcitia fuiſſe, cum eum in prædictis verbis argumentantem a minori ad majus inducit, hoc modo: Cui pater partem ſuæ hereditatis reliquit, eidem multo magis filii hereditatem reliquiſſe cenſetur. Inſultat igitur Triboniano ob hoc argumentum, quod potius in contrarium recte procedit, ut cui quis totum relinquit, ei multo magis partem fuerit relicturus, ut *auth. multo magis C. de Sacroſ. Eccl. & C. de Epiſc. & Cler.* Vidit hanc difficultatem etiam Accurſius, qui benigna interpretatione nixus eſt argumentum tueri, illudque *multo magis* in verbis Papiniani interpretatus eſt, *non minus*, ex quo argumentum eſſet a pari. Sed nihil profecit; nam par non ſunt totum, & pars.

Alio ergo nos vertamus oportet pro tuendo Papiniani argumento, in quo comparatio non fit inter partem, & totum ejuſdem hereditatis, quo caſu recta eſſet Fabri reprehenſio; ſed inter partem hereditatis minus debitæ, hoc eſt, teſtantis, cujus hereditas debita non eſt uxori ſuæ ſeu matri pupilli; & inter totam hereditatem magis debitam, hoc eſt, pupilli, cujus ſucceſſio matri debetur. Et in his recte argumentum ducitur a minori ad majus; etenim cui pater reliquit partem hereditatis ſuæ non debitæ, multo magis totam hereditatem filii debitam, eidem reliquiſſe cenſendus eſt. Quippe in priori caſu eſt virtus liberalitatis, in poſteriori eſt virtus juſtitiæ; & qui eſt liberalis, multo magis eſt juſtus, cum minus promte demus id, ad quod nullo jure adſtringimur, quam quod jure debemus. Poſſet etiam non male dici, utrumque actum ad ſolam liberalitatem referri, ut vis argumenti Papiniani ea ſit. Cui quis eſt liberalis de ſuo, eidem multo magis eſt cenſendus liberalis de alieno.

Renititur paulo ante dictis Fachinæus 4. *controv.* 24. putatque Papinianum in *d. l. ult.* non ea ſolum ratione vocaſſe matrem, quod filii coheres ſit, ſed etiam altera, quia a luctuoſa filii hereditate excludi non debet. Unde infert, quod etſi in noſtra ſpecie prior ratio ceſſet, quia tamen viget poſterior, propterea mater, quæ in medio eſt, ſemper ſubſtitutum excludat.

Sed mirum eſt, non vidiſſe Fachinæum, quod apertiſſimum eſt, totam Papiniani rationem unicam eſſe, & totam niti in eo, quod mater coheres data filio fuerit; inde enim argumentum a minori ad majus Papinianus deducit. Palam enim eſt, nullum argumentum duci a luctuoſa hereditate, ſed obiter ita eam a juriſconſulto appellari ex eo, quod ob filii immaturam mortem matri acquiratur.

Quod ſi mater non coheres, ſed legataria a defuncto relicta ſit, verius eſt, matrem ad filii pupilli hereditatem non cenſeri vocatam; quamvis enim non ſola inſtitutio, ſed etiam legatum ex dilectione fiat, Gloſſa in *l. qui filiab. ff. de legat.* 1. tamen ad colligendam voluntatem teſtantis excludendi ſubſtitutum, non eſt ſatis quæcunque dilectio, ſed ea exigitur, quæ matrem ad hereditatem vocet, ut ea quæ vocata eſt ad partem hereditatis defuncti, ex teſtamento, cenſeatur prælata in tota filii hereditate, ab inteſtato, ut recte idem Faber in *conjecturis loc. cit.* docet.

COROLLARIA.

EX hactenus diſputatis plura colliguntur. Primo, filio herede non exiſtente, debere ſubſtitutum pupillarem vi tacitæ vulgaris admitti ad teſtatoris hereditatem, excluſa ejus matre, quæ in medio ſit, quoties nihil proponitur, ex quo contraria teſtatoris voluntas appareat.

II. Intelligitur quæ ſit vera ratio textus in *l. Lucius ff. de vulg.* ubi ſubſtitutio mutua liberis facta impuberibus, & ſub patris poteſtate exiſtentibus, non ſolam vulgarem comprehendit, ſed etiam pupillarem; prorſus ut altero defuncto intra impubertatem, ejus ſucceſſio non ad matrem, ſed ſubſtitutum devolvatur. Non enim verum eſt, quod Balduinus, & alii putabant, rationem pendere ex eo, quod in reciproca ſubſtitutione duplex ſubſtitutio, utraque expreſſa intelligatur, vulgaris, & pupillaris; nam reciprocæ natura eſt, ut non ſit, niſi vulgaris expreſſa. Et argumento eſſe poteſt, quod ea vulgo a quocunque teſtatore, quibuſcunque heredibus fieri poteſt, ſicuti eſt de vulgari; nam vulgaris ſubſtitutio dicitur, quia cuivis fieri poteſt, cum extraneo, tum filio, Theophilus *de pupill. in princ.*

Præterea in ea formula, *Eoſque invicem ſubſtituo*, nihil habetur, unde dici poſſit, pupillarem exprimi; neque enim adverbium, *invi-*

invicem, quidquam ad hanc rem facit. At habetur, unde vulgaris expreſſa videatur, quia ſubſtituendi verbum, nullo alio adjecto, de ea ſubſtitutione intelligitur, quæ communiter ſit, id eſt de vulgari. Ita poſt Bartolum Viglius *Inſtitutionib. de pupillari*, *in princ. num.* 17. *&* 18.

In reciproca ergo ineſt pupillaris tantummodo tacita. Et nihilominus in ſpecie *d. l. Lucius*, mater in medio exiſtens excluditur a ſubſtituto per eam tacitam pupillarem. Ratio itaque eſt, quia nihil proponebatur, unde contraria voluntas patris ſubſtituentis colligi poſſet; non enim ſola matris exiſtentia tacitam pupillarem ceſſare facit.

Alio tamen confugit Bartolus in *d. l. Lucius num.* 1. nempe ſubſtitutum eſſe ex liberis teſtatoris, quem veriſimile eſt ex voluntate patris præferendum matri, ut etiam tradidit Acc. in *d. l. precibus*.

Quam divinationem Faber *d. err.* 5. *n* 12. ex eo rejicit, quia cum de pupillari ſubſtitutione diſputatur, non tam ſubſtituti, quiſquis ille ſit, quam impuberis, cui ſubſtitutio fit, favor inſpicitur, cujus ſolius gratia conſtitutio D. Marci de caſu vulgari ad pupillarem porrigendo lata fuit. Quare improbabilis ratio eſt, dicere ideo in reciproca ineſſe tacite pupillarem, quia ſubſtitutus eſt ex liberis teſtatoris, quod eſt ἀναλόλυθον.

An ſubſtitutio vulgaris tollat exiſtentiam ſui heredis, & eum ex neceſſario faciat voluntarium.

Ad L. ſi filius 12.

QUÆSTIO V.

Si pater ſuo heredi inſtituto, hoc eſt, filio, quem in poteſtate habet, vulgarem dederit ſubſtitutum, ſive in genere, ſi heres non erit, ſive in ſpecie expreſſo caſu tam voluntatis, quam impotentiæ, ſi heres eſſe noluerit, vel non potuerit, docet Bartolus hac ipſa vulgaris ſubſtituti datione, tolli exiſtentiam ſui heredis, & filium, cui ſubſtitutus datus fuit, hoc ipſo fieri ex neceſſario voluntarium. Quare amplius beneficio Prætoris non indigere ait; nam voluntario heredi non permittitur abſtinere ſe hereditate, *l. jam dubitari*, *in fine ff de heredib. inſtit.* præterea ſtatim ac nolit, heres eſſe, admitti vulgarem ſubſtitutum. Hanc opinionem docuit Bartolus in *l.* 1. *effectu* 5. *de vulg.* eamque DD. paſſim ſequuntur.

Et primo, quod vulgaris ſubſtitutio in filio neceſſitatem tollat, probatur ex Ulpiano in *l.* 1. §. *ſi proponatur ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti*, cujus ſpecies eſt: Pater a filiofamilias, quem heredem inſtituerat, multa legavit, tum vulgariter ſubſtituit eundem filium ſibi ipſi, ita, ſi filius heres eſſe noluerit, idem heres eſto. Poſt mortem patris, viſum eſt filio, ne legata ex judicio defuncti præſtaret, omittere hereditatem ex cauſa inſtitutionis, eamque ſine ullo onere adire ex ſubſtitutione; quippe olim onera non intelligebantur repetita a ſubſtituto, niſi teſtator expreſſiſſet, *l. ſub conditione ff. de hered. inſtituendis;* hodie vero e contrario repetita cenſentur, niſi alia ſit defuncti voluntas, *l. un.* §. *pro ſecundo cum ſeq. C. de caduc. toll.* Cum ergo quæretur, an filius ſuccedendo ex ſubſtitutione, incidat in edictum Prætoris, quaſi in fraudem legatariorum inſtitutionis cauſam prætermittens; reſpondet Ulpianus, in hæc verba: *Et non puto incidere, quaſi teſtator hanc ei dederit facultatem, qui eum ſubſtituit.* Ex quibus apparet, per eam vulgarem ſubſtitutionem, intelligi filio datam a patre poteſtatem, ut heres ſit, ſi velit, aliter bis heres eſſet. Ceterum parum intereſt, an heres inſtitutus ipſe ſibi ſubſtitutus ſit, an alium ſubſtitutum acceperit; ſemper enim eandem vim vulgaris ſubſtitutio habebit.

II. Quod jus ſui heredis etiam ex ſubſtitutione vulgari tollatur, oſtenditur ex Africani reſponſo in *l. ſi filius heres* 16. *ff. de liber. & poſth.* ubi ſi filius heres a patre inſtitutus ſit, omiſſo poſthumo, eidemque filio ſubſtitutus nepos ex eo ſit, & interim moriatur filius, poſthumo nondum nato; Africanus ait, *nepotem tam patri, quam avo ſuum heredem futurum*.

Hinc fortiſſimum pro Bartolo argumentum elici videtur; nam non aliter nepos eſt ſuus heres avo, quam ſi pater ejus deſierit ſuus heres eſſe, §. *ſed ut nepos*, *Inſtitutionib. de hered qualitate*; & cum pater in ſpecie Africani non deſierit ſuus heres eſſe per mortem, quam obiiſſet vivo patre ſuo (proponitur enim mortuus poſt teſtatorem, interim, hoc eſt, poſthumo nondum nato) inde eſt, ut talis effectus ſit datione vulgaris ſubſtituti, ex

Digitized by Google

ex qua reſolutum ſit jus ſui heredis.

Alii tamen diſtinguendum putant, ut facta vulgari ſubſtitutione, filius remaneat ſuus heres, at non item neceſſarius. Ita Accurſius in *l. Papinianus §. quarta, v. ad ſubſtitutum ff. de inoff. teſtam.* & poſt Bald. & Angel. Coraſius 1. *miſcell.* 2. Sunt enim hæc duo diſtincta, & longe inter ſe diverſa; quippe alios habet effectus jus ſui heredis, alios neceſſarius heres, qui ſunt hic explicandi.

Jus ſui heredis, licet nonnunquam teſtatoris favorem reſpiciat, principaliter tamen in filii gratiam introductum eſt, & operatur. Nam exiſtentia ſui heredis tabulas pupillares confirmat, quamvis filius paternam hereditatem recuſet, ſive hæ tabulæ ipſi filio recuſanti factæ ſint, ſive fratri exheredato, *l. ſi filius ff. de vulg. l. filius, cum ſeqq. ff. de acqu. hered. l. paterfamilias ff. de reb. auct. Judicis poſſid.* Ita etiam in cauſa eſt, ut univerſale fideicommiſſum ſubſtineatur, nec neceſſe ſit, filium, qui patris hereditatem ſuſpectam ſibi eſſe dicat, ad adeundum ex Trebelliano Senatuſconſulto cogi, *l. ita tamen §. ſi pater ff. ad Trebell.* Præterea efficit, ut ſi filius ante aditam hereditatem obeat, tamen ad ſuos legitimos heredes patris hereditatem tranſmittat, *l. apud hoſtes C. de ſuis & legitim. l. ſi fratris C. de jure delib.* Tandem operatur, ut relictæ libertates competant, *l. ſciendum ff. de manum. teſtam.*

At jus neceſſariorum heredum, non propter heredes ipſos introductum eſt, ſed propter teſtatores, ut eorum famæ conſuleretur, relinquendo heredem, quod maxime eorum intereſt, *§. ſi modo, Inſtitutionib. quibus ex cauſis manumittere non licet.*

Cum ergo jus ſui heredis præcipue filii gratia introductum ſit, utique a teſtatore per dationem vulgaris ſubſtituti tolli non poteſt; at jus neceſſarii heredis propter teſtatorem inductum, ex teſtatoris quoque arbitrio pendere debet, ut ex neceſſario herede poſſit facere voluntarium. Hinc permiſſum patri eſt, ut eam inſtitutioni conditionem apponat, quæ filium ex neceſſario voluntarium faciat heredem, hoc ſcilicet modo, Filius meus heres eſto, ſi volet; quod ſi fiat, filius beneficio Prætoris non indiget, *l. hæc verba ff. de conditionib. inſtitutionum, l. jam dubitari, ad finem ff. de heredibus inſtitut.* Idipſum eſt, cum filio teſtator vulgarem dat ſubſtitutum; nam eo etiam caſu in filii arbitrium remiſſum videtur, ut ſit heres, cum vulgari ſubſtitutione duplex caſus contineatur, unus impotentiæ, alter voluntatis.

Hæc omnia probantur etiam exemplo juris Prætorii. Prætor enim, cum permittit filio, ut ſe hereditate paterna abſtineat, facit quidem filium ex neceſſario voluntarium heredem, ſed jus ſui heredis non ſolvit, *§. ſed ſui, Inſtit. de hered. qualitate & differentia.* Ergo multo minus pater jus ſui heredis tollere poteſt, & vulgariter ſubſtituendo, faciet ſolummodo filium voluntarium heredem; nam non plus poteſt pater, quam Prætor, cum poteſtas Prætoris ſit juris publici, patris vero privati.

Neque moventur ex textu in *d. l. ſi filius heres ff. de liber. & poſth.* cum verum non ſit in ea ſpecie filium poſt teſtatorem obiiſſe, ex quo tota vis argumenti a Bartolo inde deducti, pendebat, qui male interpretatus eſt ea verba textus, *Si interim moriatur filius, poſthumo non nato.* Putabat quippe Bartolus, unam modo rem in illis verbis a Juriſconſulto proponi, nempe mortem filii ante poſthumi nativitatem, atque ita jungit, quæ in textu aperte ſeparantur. Dicimus nos duo exprimi, hoc eſt, non ſolum mortem filii, ante nativitatem poſthumi, ſed etiam ante obitum patris; id enim illud, *interim*, ſignificat, ut etiam vidit Accurſius; quibus poſitis nepos ſit ſuus heres avo. Redditur hoc manifeſtum ex *§. ſed ut nepos, de heredum qualitate*, ubi, ut nepos, neptiſve ſui heredes ſint, non ſufficit eum, eamve in poteſtate avi mortis tempore fuiſſe: ſed *opus eſt* (verba textus ſunt) *ut pater ejus vivo patre ſuo deſierit ſuus heres eſſe, aut morte interceptus, aut qualibet alia ratione liberatus a patris poteſtate: tunc enim nepos, neptiſve in locum patris ſui ſuccedit.* Ex quibus palam eſt, ut nepos ſuus heres fiat, non ſatis eſſe, ut filius e medio ſublatus ſit quandocumque, ſed omnino exigi, ut id accidat, vivo patre ſuo; nam verba illa, *Opus eſt*, neceſſitatem denotant, omnemque alium caſum excludunt; ut propterea nullo modo recipi poſſit, quod volebat Bartolus, nepotem fieri ſuum heredem avo etiam, cum filius poſt obitum patris ſui decedit.

Neque hic quidquam pro Bartolo facit ſubſtitu-

ſtitutio vulgaris filio facta; nam etiam dato, eam tollere jus ſui heredis, illud tamen non tollit, niſi cum teſtamentum vim habere incipit, hoc eſt, mortuo teſtatore, *l. 1. cum ſeq. ff. de hered. vendita*, *l. ult. C. de pactis*, *cum concordantibus*. Unde fit, ut ejus ſubſtitutionis vi nullo modo queat nepos ſuus heres avo fieri; quia opus eſt ut filius ſuo patre vivo deſinat eſſe ſuus heres, non etiam eo mortuo, *d. §. ſed ut nepos*.

Verum Antonio Fabro nulla ex his opinionibus ſatisfacit, eique hæc non dicitur quæſtio, ſed error. Putat ipſe, filium, cui vulgariter ſubſtitutum eſt, adhuc ſuum, & neceſſarium heredem eſſe; idque non eo ſolum caſu, cum ſubſtitutio in genere concepta eſt, *ſi heres non erit*; ſed etiam (quod mirabilius videri ait) cum in ſpecie expreſſa eſt, *ſi filius meus heres eſſe aut nolet*, *aut non poterit*; & tamen docet, vulgarem ſubſtitutionem ſuo heredi factam valere, & ſtatim atque is abſtinet, ſubſtitutum admitti. Ita ipſa *dec. 32. err. 6. cum duob. ſeqq.* ubi pro his omnibus, & lege, & ratione pugnat.

I. Hæc omnia manifeſte videntur convinci ex Scævola in *l. ex contractu ff. de re judicata*, ubi pupilla abſtinente ſe bonis paternis, ea bona ſtatim ad ſubſtitutum perveniunt. Ecce, ut filiafamilias, cui pater in caſum vulgarem ſubſtituerat, opus habet, ut abſtineat; quocirca etiam poſt ſubſtitutionem vulgarem, neceſſaria heres manet: nam ei, qui voluntarius heres eſt, jus abſtinendi denegatur, ut jam diximus, & ex *l. jam dubitari*, *ad fin. ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti*, & ex *l. hæc verba ff. de conditionib. inſtitut.* Hinc fit, ut multo magis maneat ſuus heres; hoc enim jus arctius inhæret filio, quam jus neceſſarii heredis, ut conſtat ex eo, quod Prætor, qui poteſt jus neceſſarii heredis tollere, tamen jus ſui heredis ſolvere non poteſt, *d. §. ſed ſui*, *de hered. qualitate*. Itaque facta ſubſtitutione vulgari, filius adhuc ſuus & neceſſarius heres patri exiſtit; ſed ſi uſus beneficio Prætoris abſtineat, tunc remanente jure ſui heredis, ſolvitur jus neceſſarii, & ſubſtitutus ſtatim admittitur. Idipſum eſt, ſi filius non ſubſtitutum, ſed coheredem habeat, & abſtineat, ſtatim portio ejus perinde ad coheredem ſpectat jure accreſcendi, ac ſi heres ipſo jure non fuiſſet, *d. l. ex contractu*, *l. cum hereditatem*, *l. pen. cum ſeq. ff. de acq. hereditate*.

II. Probat, quia ut filius ex neceſſario fiat voluntarius heres, neceſſe eſt, conditionem poni in ipſa inſtitutione, ita, Filius meus heres eſto, ſi volet, quo caſu filius a patre videtur plenam conſecutus libertatem, & ex neceſſario factus voluntarius, ut eſt ſpecies textus in *d. l. hæc verba*, & in *d. l. jam dubitari*. At non ita res ſe habet in caſu noſtro, ubi inſtitutio pure concepta eſt, & ſolis verbis imperativis facta; & propterea dici non poteſt, ut qui filio imperat, ut heres ſit, hoc ipſo intelligatur facultatem filio dediſſe mittendæ hereditatis. Et quamvis deinde in formula vulgaris ſubſtitutionis dicat, *ſi heres eſſe volet*, hoc non videtur pater ponere, ut ſe corrigat, aut ſibi contradicat, & eum, quem in inſtitutione neceſſarium heredem facit, deinde in ſubſtitutione faciat voluntarium; ſed ſolum videtur apponere pater, ut adverſum filium ſibi proſpiciat, ſi forte ille uſus beneficio Prætoris, bonis abſtineat; eo enim caſu pater, ne ſua bona ſub haſta ſuo nomine venderentur, ſibi cavit dando ſubſtitutum in caſum vulgarem. Itaque ſenſus eſt, jubeo meum filium eſſe mihi heredem ſuum, & neceſſarium: at ſi filius ob edictum Prætoris, quamvis contra voluntatem meam, ex neceſſario fiat voluntarius heres, & abſtineat, tum ei vulgarem ſubſtitutum tribuo. Et eo modo pater non ſe corrigit, nec ſibi contradicit.

Urgebis tamen; ſi exiſtentia ſui heredis per vulgaris ſubſtituti dationem non tolleretur, conſequens fieret, ut filio adhuc exiſtente herede, ſubſtitutus admitteretur. Quod eſt maximum abſurdum; conſtat enim, filium, etiam ubi abſtinuit, remanere ſuum heredem patri: conſtat rurſus, ſubſtitutum vulgarem non admitti, niſi inſtitutus deficiat, & heres non ſit. Qui ergo fiet, ut filio remanente herede, ſubſtitutus tamen admittatur? Eſſent enim uni homini duo ex aſſe heredes, quod fieri non poteſt, *l. quod contra §. uni duo ff. de reg. juris*.

Putat Faber reſponderi poſſe, quod licet ratio juris velit, ut filio abſtinente, ſubſtitutus non admittatur, quia filius adhuc heres eſt: & nulla lex facere poteſt, ut uni homini duo ſint ex aſſe heredes, *l. quod contra §. uni duo ff. de reg. juris*; tamen hic non ratio juris, ſed voluntas patris attendenda eſt, & videri debet, quid cogitaverit

Digitized by Google

verit teſtator, cum filio eam conditionem appoſuit, Si heres non erit; ſiquidem certum eſt, in conditionibus omnibus interpretandis, voluntatem teſtatoris primum locum obtinere, eamque ſolam eſſe, quæ regit, ampliat, moderatur conditiones, *l. in conditionib. ff. de condit. & demonſtr. l. heredes mei §. cum ita ff. ad Trebell.* Jam (inquit Faber) ea voluntas teſtatoris in conditione illa, Si heres non erit, eſſe videtur, ſi filius non habeat effectum heredis; quia enim heredi illud cohæret, ut habeat bona teſtatoris, propterea quoties filius abſtinet, licet heres maneat, tamen effectus heredis non habet. Quocirca iſto caſu pater vocat ſubſtitutum.

Advertit præterea Faber, ſubſtitutum iſto caſu rigoroſe non eſſe heredem, cum filius ſolus heres ſit, etiam poſt abſtentionem; ſed eſſe veluti quendam bonorum poſſeſſorem ex jure Prætorio, a quo utiles tantum actiones habeat; ſicut enim Prætor ſuum heredem abſtinentem non habet pro herede, nec ullas ei, vel in eum dat actiones, ita cogitur eas actiones dare ſubſtituto, & in ſubſtitutum. Unde in illis verbis a patre prolatis in ſubſtituendo, nempe, Cajus heres eſto, in his, inquam, verbis illud nomen, *heres*, non ſtat rigoroſe pro herede, ſed pro bonorum poſſeſſore.

Tuetur hanc ſuam interpretationem Faber exemplo coheredis filio dati; nam ſi filius abſtinet, certum eſt ad portionem ejus venire coheredem, jure accreſcendi, perinde ac ſi filius ipſo jure heres non eſſet, *d. l. ex contractu*.

Hæc eſt opinio Fabri, magnis, ut apparet, involuta difficultatibus, quas ipſe miris modis conatur eludere; quare mihi omnium rectiſſima, hac quidem in re, videtur ſententia Theophili, qui cum antiquos omnes Juriſconſultos verſaverit, & ex eorum ſcriptis Pandectas compilaverit, facile potuit mentem ipſorum Juriſconſultorum in præſenti difficultate melius noſſe, quam Faber, cui hæc præſidia defuerunt. Theophilus ergo in *Inſtitutionib. de pupillari, in princ.* loquens de vulgari ſubſtitutione, in genere facta, ſcilicet ſi heres non erit, docet, eam, ſi facta ſit filio in poteſtate, uno dumtaxat caſu locum habere, videlicet ſi filiusfamilias ante patrem teſtantem decedat, hoc eſt, ſi heres eſſe non poteſt, itaut ſi pater ante filium decedat, ſubſtitutioni non ſit locus; cujus rei eam reddit rationem, quia filiusfamilias ſtatim patri heres exiſtit, neque ſe abſtinendo nomen heredis deponit; nam heredis nomen ſemel alicui partum ad alium non transfertur.

Nihil vero Theophilus meminit de ſubſtitutione vulgari in ſpecie facta expreſſo caſu tam voluntatis, quam impotentiæ, cum ſolum de vulgari in genere loquutus ſit; nobis tamen eo caſu videtur, patrem non tam ipſum reſolviſſe jus ſui heredis, quam in arbitrium filii reliquiſſe, utrum id ſolvere velit. Quæ omnia, ut clare pateant, duas ſtatuemus propoſitiones.

Propoſitio I. Facta ſubſtitutione vulgari in genere, filiusfamilias remanet ſuus & neceſſarius heres, & quamvis deinde abſtinendo, fiat beneficio Prætoris voluntarius, quia tamen adhuc ſuus heres remanet, propterea vulgaris ſubſtitutus non admittitur, ſed bona patris venient ſub haſta; prorſus ut ſubſtitutio vulgaris in genere facta comprehendat eum ſolum caſum, quo filius heres eſſe non potuerit, veluti ſi vivo patre mortuus ſit, vel per captivitatem, deportationem, ſervitutem pœnæ, aut alio modo ſit e medio ſublatus.

Probatur id I. Ratione, quia teſtator in dubio idem velle videtur, quod lex, & nihil ab ejus diſpoſitione diſcedere; nam ſi in dubio quis cenſetur ſe accomodare moribus loci, *l. quod ſi nolit §. quia aſſidua ff. de ædil. edicto, l. ſemper in ſtipulationib. ff. de reg. juris*; ergo multo magis, cum non apparet quid actum ſit, dicendus quis eſt, id eſſe ſequutus quod lex ſcripta ſtatuit. Jam certum eſt ex juris diſpoſitione eo tantum caſu filium non eſſe heredem patri, ubi ante patrem obit, vel alio modo eſt de medio ſublatus, *d. §. ſed ut nepos, de heredum qualitate*. Hinc fit, ut pater cenſendus ſit eo tantum caſu ſubſtituiſſe.

Neque enim verum eſt, quod vulgo velle videntur, in ſubſtitutione vulgari, cum in genere facta eſt, neceſſario, & ſemper comprehendi tam caſum impotentiæ, quam voluntatis, quod certe nullo jure probatur. Nos id verum eſſe concedimus, cum uterque caſus locum habere poteſt, ut in *l. ſi paterfamilias ff. de heredib. inſtit.* & in *§. ult. Inſtitut. de vulg. ſubſtitutione*; at ſi alter ob aliquam juris rationem ineſſe nequeat,

utique non recte faciet, qui ineſſe dicet; nam quæ tacite inſunt, ceſſant ineſſe, cum legis ratio ipſis repugnat. Exemplum eſto in ſubſtitutione reciproca, quæ tacitam pupillarem non comprehendit, cum alter tantum filiorum eſt impubes, *l. jam hoc jure ff. de vulg.*

II. Non leve argumentum eſt, quod deducitur ex *l. paterfamilias ff. de priv. creditorum*, ubi cum filius impubes a paterna hereditate ſe abſtinuiſſet, habetur ſubſtitutum pupillarem non admitti ex tacita vulgari, ſed bona vendi debere; nempe, quia ſubſtitutio vulgaris tacita, in genere concepta intelligitur, & propterea in filio ſuo herede non comprehendit, niſi caſum impotentiæ. Scio Fabrum eſſe negaturum, in pupillari unquam ineſſe vulgarem; verum de hac quæſtione jam late ſupra egimus, ubi etiam de hoc eodem textu loquuti ſumus.

At quæres, cur ergo aliquando legimus, filio abſtinente, ſubſtitutum fuiſſe admiſſum? Pro reſolutione hujus difficultatis, ſit

Propoſitio II. Si vulgaris ſubſtitutio facta ſit in ſpecie, expreſſo caſu non ſolum impotentiæ, ſed etiam voluntatis, filius fit voluntarius heres, & tollitur præterea jus ſui heredis, & ſi deinde non adeat, admittitur ſubſtitutus.

Nam quod pater poſſit filium ex neceſſario herede efficere voluntarium, dubitari non poteſt, *d. l. hæc verba, d. l. jam dubitari*; & quamvis in his legibus ſermo ſit, ubi conditio voluntatis appoſita eſt in ipſa inſtitutione; tamen id ipſum eſſe putamus, cum appoſita eſt in ſubſtitutione, licet aliud ſentiat Faber. Quod probamus ex eo, quia iſta conditio, Heres eſto, ſi volet; & iſta alia, Heres eſto, & ſi heres eſſe nolit, in hoc differunt, quod prior eſt ſuſpenſiva, poſterior reſolutiva, cum illa ſit in eadem oratione cum inſtitutione, hæc in diverſa, *l. quoties 2. ff. de in diem addictione*. Quod autem ſub conditione reſolutiva concipitur, purum quidem eſt; at ſi conditio affirmativa exiſtat, vel negativa non exiſtat, tunc ita reſolvitur actus, ac ſi nunquam factus fuiſſet, *d. l. quoties*, juncta *l. ita quod dictum ff. cit. tit.* Quocirca in quantum ad effectum, & finem, comparantur ambæ hæ conditiones; hoc eſt, cum pater dicit, Heres eſto, ſi volet, filius mortuo patre heres non eſt, cum in ſuſpenſo aditio ſit: & cum dicit, Heres eſto, quod ſi heres eſſe nolit, eſt quidem filius ſtatim heres, ſed ſi deinde nolit, ita reſolvitur jus heredis, ac ſi nunquam extitiſſet; ut ſi dicam, vendo tibi equum, at ſi melior conditio afferatur, inemtus eſto, tunc emtore exiſtente, qui meliorem conditionem afferat, venditio prior perinde reſolvitur, ac ſi nunquam facta fuiſſet, prorſus ut prior emtor rem reſtituat una cum fructibus, *d. l. ita quod dictum*. Unde fit, ut ſicut conditio ſuſpenſiva, quæ heredem non facit, ita conditio reſolutiva, quæ tollit heredem, habeant eandem vim, nempe ut filius voluntarius heres factus cenſeatur.

At quod per eam conditionem, ſi heres eſſe nolit, tollatur etiam jus ſui heredis, manifeſta juris ratione demonſtratur; quia nimirum ſi ſuus heres filius remaneret, cum eo renunciante admittitur ſubſtitutus, jam duo eſſent uni homini ex aſſe heredes, quod fieri non poteſt, *l. quod contra §. uni duo ff. de reg. juris*. Quam difficultatem fruſtra eludere conatus eſt Faber, dicendo, ſubſtitutum eo caſu haberi, tanquam bonorum poſſeſſorem; nam unde eruit Faber hanc bonorum poſſeſſionem nunquam antiquis Juriſconſultis auditam? quippe omnes bonorum poſſeſſiones accurate enumerat Juſtinianus in §. *ſunt autem bonorum, de bonorum poſſeſſionibus*, inter quas utique non comparet ea, quam hic Faber dat extraneo, dat ſubſtituto; quocirca ut commentitia omnino rejicienda eſt. Omnes certe tricas, in quas ſe Faber induit, uno verbo evitabit, qui dicet, tolli jus ſui heredis, quoties vulgaris ſubſtitutio expreſſe filio facta eſt in caſum voluntatis.

Duo tamen ſunt, quæ diluere opus eſt: I. Eſt exemplum coheredis; nam ſi filio coheres datus ſit, ſed non ſit datus ſubſtitutus, tunc quamvis filius abſtinens remaneat ſuus heres, tamen portio ejus ad coheredem ſpectat jure accreſcendi. Verum facile apparet exemplum iſtud longe a noſtro caſu diſtare; nam ſubſtitutio facit novum heredem, qui tamen eſſe non poteſt, ubi primus heres exiſtit: at jus accreſcendi novum heredem non facit, cum ſit inventum in favorem coheredis; ideo ſcilicet, quia onera portionis, a qua ſuus heres abſtinuit, ad coheredem neceſſario devolvuntur; propterea neceſſe eſt, ut commodum ejus portionis ad eundem coheredem pertineat, ne commodo careat, qui ſentit incommodum, *l. cum hereditate, l. pen. & ſeq.*

Digitized by Google

& ſequenti ff. de acquirenda hereditate.

II. Eſt textus in *d. l. ex contractu ff. de re judic.* ubi filia, cui ſubſtitutus datus fuit, prius abſtinuit, & deinde ſubſtitutus fuit admiſſus; ſed dicimus non ideo ex eo textu elici cum Fabro poſſe, filium poſt factam ſubſtitutionem vulgarem, etiam expreſſam in caſu voluntatis, remanere ſuum heredem; quippe in eo textu ideo filia opus habuit, ut abſtineret bonis paternis, quia jam hereditatem adierat, auctore tutore, ſeu geſſerat ſe pro herede, & ex contractu paterno actum cum ea fuerat; quocirca, ut contra proprium factum veniret, neceſſe fuit, ut reſtitutionem in integrum peteret (petere enim poterat, quia erat pupilla); ex quo hereditas pro non adita habita eſt, *l. etſi ſine §. ſed quod ff. de minor. l. 1. C. ſi minor. ab hereditate:* & hoc eſt, quod textus ait: *Tutores abſtinuerunt eam*. Ubi notandum cum Accurſio, quod licet ſubſtitutio vulgaris adita hereditate evaneſcat, *l. poſt aditam C. de impuberum & aliis*, tamen ſi heres reſtituatur adverſus aditionem, ſubſtitutio reviviſcit. Vide Cujac. in *l. ait Prætor §. Papinianus ff. de minoribus*.

Ex his colligitur, ſubſtitutum non admitti, ſi vulgaris expreſſe concepta ſit in ſolum caſum impotentiæ, & accidat filium abſtinere; quippe eo caſu non tollitur jus ſui heredis, ut etiam docuit Bartolus in *l. Gallus §. & quid ſi tantum ff. de lib. & poſth.* & in *l. cum proponas C. de hered. inſtit.* Quamvis enim vulgo DD. velint, unum caſum continere etiam alterum, id tamen intelligendum eſt, ſi id, quod tacetur, non ſit contra legis rationem, quæ ratio ut ceſſet, exigitur expreſſa voluntas diſponentis, nec ſatis eſt tacita; nam in dubio quiſque ſe legi, conſuetudini, imo moribus accommodare cenſetur, tantum abeſt, ut illi repugnaſſe præſumatur, ſicuti ſupra dictum eſt.

An tranſmiſſarius Juſtinianeus ſubſtitutum vulgarem excludat.

QUÆSTIO VI.

VArii in jure noſtro tranſmiſſarii ſunt, nec tamen in omnibus præſens quæſtio locum habet. Unus dicitur tranſmiſſarius ſuus, ſeu potius ſui heredis; quoties enim liberi primi gradus a patre, ſub cujus poteſtate reperiuntur, ſunt in teſtamento inſtituti heredes, & poſt mortem patris obeunt, paternam hereditatem tranſmittunt ad heredes quoſcumque etiam extraneos, nedum ad deſcendentes, *l. Lucius ff. de jure fiſci, l. apud hoſtes C. de ſuis & legit.* Hi ergo dicuntur tranſmiſſarii ſui, ſeu potius ſui heredis, & ipſi admittuntur excluſo coherede filii defuncti, excluſo etiam ſubſtituto, aut fiſco; quandoquidem filius in poteſtate ſtatim a morte patris intelligitur heres, dummodo non repudiet, ut ſupra dictum eſt.

Alter eſt tranſmiſſarius Theodoſianus introductus ex *l. un. C. de his qui ante apertas tabulas*, ubi Imperator Theodoſius cum Valentiniano extendit idipſum, quod modo dictum eſt de ſuis heredibus, ſtatuit, inquam, de liberis ominibus ad tertium uſque gradum, hoc eſt filiis, nepotibus, & pronepotibus, ſive maſculis, ſive fœminis; ut ſcilicet hereditatem etiam non aditam tranſmittant, ſive a patre, ſive a matre, ſive ab avo, ſive a proavo paterno, vel materno inſtituti ſint heredes, ſine ulla diſtinctione ſuorum heredum, & emancipatorum; prorſus ut ex ea conſtitutione filii in poteſtate, & emancipati, hodie videantur facti ejuſdem conditionis, non quidem ſimpliciter, & in omnibus, ſed in quantum ad effectum ejus hereditatis tranſmittendæ. Ceterum iſti tranſmittunt non in omnes indiſtincte, ſed in liberos tantum ſuos, cujuſcumque ſint ſexus, aut gradus, ſive in poteſtate, ſive non, ut in *d. l. un.* habetur.

Hi tranſmiſſarii Theodoſiani etiam excludunt ſubſtitutum, ut poſt Bart. in *l. 1. ff. de vulg. col. 6.* communiter docent DD. contra Angelum, & Ripam; ea nimirum ratione, quia in ipſos tranſmittitur hereditas non tanquam acquirenda, ſed tanquam acquiſita; cum hi, qui inſtituti fuere, habeantur tanquam ſui heredes, ut diximus, & patet ex eo, quod ipſis in *d. l. un.* datur recuſatio, quæ non ſolet dari, niſi ſuis heredibus. Late Faber *dec. 34. err. 4.*

Poſtremus eſt tranſmiſſarius Juſtinianeus introductus ex nova conſtitutione Imperatoris noſtri in *l. cum in antiquioribus C. de jure delib.* ubi ſtatutum eſt, quemlibet heredem habere tempus annuum ad hereditatem adeundam: & ſi intra eum annum heres deceſſerit, nec adita, nec repudiata hereditate, jus iſtud adeundi, vel repudiandi tranſ-

tranſmitti ad ejus heredes quoſcunque, qui intra reliquum tempus, quod ad eum annum complendum deſideratur, habeant poteſtatem adeundi, vel repudiandi, non quidem jure ſuo, ſed tanquam repræſentantes defunctum. Hoc præterea jus non ſolum ad primum heredem tranſmittitur, ſed eo mortuo ad ſecundum, tum ad tertium, & alios, modo tempus anni duret, ut magis communiter receptum eſt apud Gomeſ. 2. *var.* 9. *num.* 53. *& ſeq.*

Quinimmo, ſi annuum tempus tranſactum ſit, & heres ex juſta cauſa ignoraverit ſibi delatam eſſe hereditatem, ſive ex teſtamento, ſive ab inteſtato, poteſt impetrari reſtitutio in integrum, quam Prætor concedere ſolet etiam majoribus 25. annis, ex clauſula illa generali, *Si qua mihi juſta cauſa videbitur*. Et manifeſtum eſt ex ipſa *l. cum in antiquioribus*, ubi annus deliberandi currit adverſus eum, qui ſcit ſibi delatam hereditatem, ut ibi: *Is, qui ſciens hereditatem &c.* & in illis aliis verbis: *Ei cognitum ſit, heredem eum vocatum fuiſſe*. Quod idem Gomeſius recte *loc. cit.* notat. Eſt ergo tempus utile, quod ad initium attinet: deinde evadit continuum, Gloſs. *ibid.*

Hoc jus deliberandi a Juſtiniano introductum in quibuſdam cum antiqua cretione convenit, licet in aliis diſſentiat. Heres inſtituebatur vel ſine cretione, vel cum cretione, Ulpianus in *fragm. tit.* 22.

Heres ſine cretione inſtitutus, nullum habebat præfinitum tempus, intra quod de hereditate adeunda, vel repudianda cogeretur deliberare. Verum ſtatim ac conſtabat nolle ſe heredem eſſe, excludebatur ab hereditate, quam amplius adire non poterat, Ulp. *loc. cit.* §. *ſine cretione*. Cum dico nullum habuiſſe præfinitum tempus, intelligo a lege, vel a teſtatore; nam ſubſtituto vulgari petente, poterat a Prætore inſtitutus cogi, ut intra unam diem deliberaret, *l. quandiu inſtitutus ff. de acq. heredit.* quæ lex de herede ſine cretione intelligenda eſt. Apud Cic. 13. ad *Att. ep.* 46. legitur, *Cretio libera*: eam putat Cujac. 9. *obſ.* 29. quæ ita ſcribitur, *Cernito cum volueris*, non adſcripto certo tempore. Contradicit tamen Boſius.

Non ita eſt in herede inſtituto cum cretione, cui a teſtatore certorum dierum ſpatium ad deliberandum præfiniebatur, his verbis: *Titius heres eſto, cernito, cernitoque in diebus centum proximis, quibus ſcieris, poteriſque: niſi ita creveris, exheres eſto*. Heres vero cernebat, in hæc verba: *Cum me Mævius heredem inſtituerit, eam hereditatem adeo, cernoque*.

Ex quibus diſcrimina inter jus deliberandi, & cretionem apparet. Nam I. jus deliberandi eſt heredibus omnibus extraneis commune. Cretio non habebat locum, niſi cum teſtator juſſiſſet. II. Cretionis dies varii extant ex arbitrio teſtantium. Centum ſunt in *l.* 3. §. *etſi heres ff. de minor. in l. ſi Titio* §. *quædam ff. quando dies legatorum*. Sexaginta apud Cic. 13. ad *Atticum ep.* 46. ut habent vulgati libri, quos tamen emendat Cujac. 9. *obſ.* 29. In *l. Sejus & Augerius ad leg. Falcid.* Cretio fieri jubetur intra dies 30. Hinc in *l.* 2. §. *ult. ff. de ſuis & legit.* dicitur: *Centum diebus verbi gratia*. Jus deliberandi certo anni unius ſpatio concluditur ex lege. III. Cretio ex formula fiebat, quæ ſolemnitas in deliberatione juſtinianea neceſſaria non eſt.

Eſt quoque & illud diſcrimen, quod ſi quis intra annum deliberandi repudiat, pœnitentiæ locus non eſt, excepto filio, *l. ult. C. de repudianda hereditate*, Cujacius 22. *obſerv.* 27. Secus tamen in cretione erat, Ulp. *loc. cit.* §. *cum cretione*: *Etſi conſtituerit nolle ſe heredem eſſe, tamen ſi ſuperſint dies cretionis, pœnitentia actus, cernendo heres fieri poteſt*. Unde intelligitur textus in *l.* 2. §. *ult. ff. de ſuis & legit.* ubi heres inſtitutus cum cretione ex. gr. centum dierum, ſi ante eos lapſos repudiet, non admittitur, qui erat proximus agnatus tempore repudiationis, ſed eſt proximus tempore cretionis finitæ. Ratio eſt, quia proximus eſt, qui tunc fuit, cum defunctum inteſtatum deceſſiſſe certum eſt, ut ibidem §. *proximum*. Nec eſt certum, quem deceſſiſſe inteſtatum, niſi lapſis cretionis diebus, quia his adhuc durantibus, heredi, qui repudiavit, pœnitere licet. Ita Emundus Merillus 2. *obſ.* 11. quem vide.

Sunt diſcrimina alia, nam annus deliberandi utilis eſt. Cretio vero utilis erat, ſeu, ut tum dicebatur, vulgaris, cum teſtator addebat: *Quibus ſcieris, poteriſque*. His vero non adjectis, intelligebatur continua, Ulpian. §. *Cretio autem, cum ſeq.*

Demum cernendi tempus in heredem inſtituti non tranſibat, cui præferebatur ſubſtitutus, ut docet Paulus in *l. ſi quis heres* 71. *ff. de*

Digitized by Google

ff. de acqu. hereditate, ubi herede non adeunte intra certum tempus illi a teſtatore præfinitum, & decedente, ſubſtitutus ſtatim admittitur, non expectato ultimo die aditionis. Extant tamen ejus rei veſtigia in jure noſtro, vel Triboniano invito, ut præter *ll. cit.* videre eſt in *l. pen.* §. 1. *ff. de juris & facti ignor.* ibi: *Dies ei aditionis non cedit*, & in *l. Pannonius ff. de acq. hered.* cum aliis, de quibus Chavarri *part.* 2. *didaſcaliæ cap.* 1. *num.* 3.

Conveniunt vero in hoc, quod tranſeunte cretionis die, & herede non cernente, is amittebat hereditatem, ut ea verba formulæ docent, *Niſi ita creverit, exheres eſto*; nam exheredatio in extraneo herede ſcripto valet, *l. paterfamilias ff. de hered. inſt. l. Sejum ff. ad leg. Falcid. l. uxorem* §. *heres ff. de legat.* 3. Ita tranſacto anno juris deliberandi, heres, qui ſiluit, hereditate excidit.

Sublata eſt Cretio a Conſtantino in maternis ſucceſſionibus, *l.* 1. *C. Th. de maternis bonis*: a Theodoſio penitus, *l. cretionum C. de jure delib. l.* 1. *C. Theod. de cretione*, ubi ait Cretionum ſcrupuloſam ſolemnitatem amputare.

Ex quibus verbis non videtur tam ſublata cretio, quam ejus ſolemnitates ſcrupuloſæ, quæ erant in digitorum percuſſione, in anteſtatione aurium attrectatione, aliiſque ſymbolis, de quibus Cujac. 7. *obſ.* 18. & *lib.* 23. *qq.* Pap. in *l.* 77. *ff. de reg. juris*. Quare & hodie poterit teſtator certos dies ad adeundam hereditatem ſtatuere, ideſt cretionem jubere, *d. l. ſi quis heres* 71.

Jam igitur quæſtio eſt, herede intra annum deliberandi decedente, relicto vulgari ſubſtituto, & tranſmiſſario, uter ipſorum ad hereditatem prioris defuncti vocetur? Et ferre poſt Bartolum communis opinio eſt, tranſmiſſarium admitti, excluſo vulgari ſubſtituto, DD. apud Trentacinquium in hoc *tract. q.* 8. & tuetur etiam Fachin. 4. *contr.* 62.

Et moventur ex pluribus: I. Quoniam verba illa, ſi heres non erit, per quæ concipi vulgaris ſubſtitutio ſolet, hunc ſenſum habent, ſi neque ipſe heres erit, neque mutata conditione alium heredem fecerit, §. *ult. Inſtitut. de vulg. l. ſi paterfamilias ff. de hered. inſtit.* Sed quando heres inſtitutus intra annum deliberandi decedit, facit alium heredem, tranſmittendo in eum jus deliberandi, *d. l. cum in antiquioribus*, quippe per eam tranſmiſſionem fit, ut heres ipſius ſit heres teſtatoris. Ergo deficit conditio vulgaris ſubſtitutionis propter tranſmiſſionem, unde ipſe tranſmiſſarius erit admittendus, excluſo ſubſtituto.

II. Moventur argumento ducto ex *l. quod ſi minor* §. *Scævola ff. de minorib.* ubi ſi quis juvenili levitate ductus omiſerit, vel repudiaverit hereditatem, vel bonorum poſſeſſionem, reſtitutio in integrum non modo conceditur ipſi minori, ſed etiam heredi minoris impartiri poteſt, ſiquidem omnia integra ſint, ideſt hereditate a ſubſtituto nondum adita. Ergo ſi heredi conceditur reſtitutio contra ſubſtitutum, multo magis concedi debet jus deliberandi contra eundem; quandoquidem promtius, & liberalius tribuitur auxilium legis ordinarium, ut eſt jus deliberandi, quam auxilium Prætoris extraordinarium, ſicut eſt in integrum reſtitutio.

III. Ex *l. ſi fratris C. de jure delib.* Quidam in teſtamento filium ſui juris, & Cajum heredes ſcripſerat; filius autem intra paucos dies a morte patris conceſſit in fatum, non adita, nec repudiata hereditate, relicto fratre legitimo herede, & Cajo coherede; quæſitum eſt, uter ex ipſis debeat admitti; Imperator reſpondit, fratrem excludere coheredem; non alia certe ratione, niſi quia ad fratrem jus deliberandi tranſmiſſum eſt. Unde fit, ut tranſmiſſarius excludat coheredem. Ergo debet pariter excludere ſubſtitutum vulgarem; quia coheredes habentur tanquam a teſtatore invicem vulgariter ſubſtituti, *l. ſi Titio & Mævio* §. 1. *ff. de legat.* 2. *l. non juſtum C. ad SC. Trebell.*

IV. Ex *l. un.* §. *cum autem*, juncto §. *in noviſſimo C. de caduc. toll.* quippe Juſtinianus expreſſe videtur ſtatuere, tunc vulgarem ſubſtitutum admitti poſſe, cum tranſmiſſarius non adeſt, vel ex lege Theodoſii in C. *de iis qui ante apertas tab.* vel ex ſua conſtitutione in *d. l. cum in antiquioribus*. Quod argumentum præ ceteris fortiſſimum viſum eſt Fachineo.

V. Quia tunc vulgaris ſubſtitutus ad hereditatem vocatur, cum heres inſtitutus vel noluit, vel non poteſt hereditatem adire, cum vulgaris duos caſus comprehendat, voluntatis, & impotentiæ. Sed quando heres inſtitutus deceſſit intra tempus deliberandi, nec dicitur noluiſſe, quia ſilendo voluntatem ſuam non propalavit: nec dicitur non potuiſ-

tuiſſe, quia ille non poſſe dicitur, qui vivo teſtatore obit. Ergo nulla eſt ratio, cur ſubſtitutus debeat admitti.

In contrariam tamen alii ivere ſententiam, nempe ſubſtitutum vulgarem admitti, excluſo transmiſſario juſtinianeo. Ita Angel. in *l.* 1. *ff. de vulg.* Ripa, & Salyc. in *d. l. cum in antiquioribus*, Politus, & Zaſius in *tract. de vulg.* quos ſequutus eſt Anton. Faber *de error. pragm. dec.* 24. *err.* 5. Quæ ſententia verior eſt.

Probatur I. Quia tranſmiſſarius Theodoſianus ideo vulgarem ſubſtitutum excludit, quia eſt hereditatis tranſmiſſarius; fingitur enim adita hereditas a defuncto, vel potius acquiſita, tanquam ſi ſuus heres fuiſſet: quippe quod olim ſolum erat de heredibus ſuis, id Theodoſius extendit ad liberos quoſcunque ad tertium uſque gradum, ut ſupra notavimus ex *l. un. C. de his qui ante apertas tab.* Quare cum ab herede inſtituto acquiſita jam fingatur hereditas, merito ſubſtitutus vulgaris a tranſmiſſario excluditur. At non eadem ratio eſt in tranſmiſſario juſtinianeo, qui non eſt tranſmiſſarius hereditatis, ſed juris deliberandi tantum, ut conſtat ex *d. l. cum in antiquioribus*, ubi non fecit Juſtinianus, ut extraneus quiſque heres, ſi intra annum ſilendo deceſſerit, videatur jam ab ipſo quæſita hereditas, ſed fecit tantum, ut jus deliberandi, quod habuit, tranſmittat ad heredem. Ergo, cum extraneus heres ſilendo decedit, jam non eſt heres; quocirca, tanquam exiſtente conditione ſubſtitutionis vulgaris, debet ipſe ſubſtitutus admitti.

II. Quia ſi tranſmiſſarius juris deliberandi præferretur ſubſtituto, fateri eſſet neceſſe, ſubſtitutum ſub ea conditione, *Si Titius heres non erit*, intelligi ſubſtitutum ſub duplici conditione, in hunc modum, *Si neque Titius, neque heres Titii mihi heres erit.* Quod quidem abſurdum eſt, quia conditiones, utpote odioſæ, non ſunt extrinſecus aut ſupplendæ, aut multiplicandæ, quia ſubſtitutionem, cui apponuntur, & deſtruunt, ſi exiſtant, & prius etiam quam exiſtant, ſuſpendunt, ut recte Faber ait *loc. cit. num.* 3.

III. Probatur ex *d. l. ſi quis heres* 71.

Hæc concluſio clarius ex reſolutione eorum, quæ Adverſarii ſecum facere putant, patebit.

Itaque I. quod proferunt ex *l. ſi paterfamilias ff. de hered. inſtituend.* noſtram aperte probat ſententiam, tantum abeſt, ut ea infirmet; quandoquidem ibi ſtatutum eſt, vulgarem ſubſtitutum admitti debere, quoties inſtitutus heres neque ipſe heres erit, neque mutata conditione alium heredem fecerit, ut etiam habetur in §. *ult. Inſtitut. de vulg.* Sed quando inſtitutus heres intra annum juris deliberandi deceſſit, nec ipſe ſe fecit heredem, neque mutata conditione alium heredem fecit. Quorum utrumque facile patet; nam non ipſe ſe facit heredem, quia ſiluit: unde intra tempus anni non eſt heres; nam ſi eſſet, tranſmitteret hereditatem, contra apertam Juſtiniani conſtitutionem; qui eum tranſmittere tantum jus deliberandi diſpoſuit. Præterea, neque mutata conditione alium heredem fecit; nam qui mortuus eſt nullam conditionem habet; quippe mutare conditionem is tantum dicitur, qui aliquando aliquam habuit, nunc aliam habet, veluti ſi ex homine libero fiat ſervus, vel ex ſervo liber, ut clare habetur in *ead. l. ſi paterfamilias*, & in *d.* §. *ult.* quod quidem non convenit ei, qui per mortem nullus eſſe cœpit. Addas etiam, non ſufficere, mutatam eſſe conditionem, ſed illud etiam requiri, ut mutata conditione, alium faciat heredem; quod in ſpecie noſtra non accidit; nam qui tranſmittit jus deliberandi, non facit heredem, ut ex dictis conſtat. Itaque ſi inſtitutus heres nec ipſe ſe fecit heredem, neque mutata conditione alium heredem fecit, neceſſario fit, ut ſubſtitutus debeat admitti. Unde patet in *d. l. ſi paterf.* ſolidum fundamentum pro noſtra ſententia haberi, quamvis adverſarii ſecum facere perperam putent.

II. Non urget argumentum deſumtum ex *d. l. quod ſi minor* §. *Scævola ff. de minor.* cum longe diverſa ratio ſit inter reſtitutionem in integrum, & jus deliberandi; quippe reſtitutionis in integrum ea vis eſt, ut omnia in priſtinum ſtatum reducat, ut ipſum nomen reſtitutionis in integrum demonſtrat, & habetur in *ead. l. quod ſi minor* §. *reſtitutio:* proinde operatur, ut heres, qui repudiavit, quamvis ſtatim poſt repudiationem hereditas delata ſit ejus vulgari ſubſtituto, ſi tamen reſtitutionem in integrum petat, hereditate a ſubſtituto nondum adita, fingitur & eum nunquam repudiaſſe, & hereditatem nunquam fuiſſe ſubſtituto delatam. Quare cum dicatur minor conſtitutus in eo ſtatu, quo erat ſtatim mortuo teſtatore, merito, adeundo, excludet ſubſtitutum. Certum autem

tem eſt, reſtitutionem in integrum competentem defuncto heredi, competere etiam heredi ipſius, *l. Pannonius*, ſive *Pantonius ff. de acq. hered.* unde fit, ut ipſe quoque heres heredis, adeundo, per reſtitutionem in integrum excludat ſubſtitutum defuncti. Hæc vero locum non habent in jure deliberandi, quod licet transmittatur heredi, tamen nihil reducit ad priſtinum, ſed omnia relinquit in eo ſtatu, quo ſunt; cum ergo is rerum ſtatus in ſpecie noſtra ſit, ut heres inſtitutus nec ipſe ſe heredem, nec mutata conditione alium heredem fecerit, merito vulgaris ſubſtitutus admittetur, excluſo tranſmiſſario juris deliberandi. Illud tamen concedimus, ſi ſubſtitutus non adeat, tunc poſſe transmiſſarium deliberare.

III. In quantum ad textum in *l. ſi fratris C. de jure deliberandi*, nihil eſt, quod magis abſurde explicatum ſit, vel quod minus ad rem noſtram faciat; primo enim ibi ſermo non habetur de tranſmiſſario Juſtinianeo, imo nec haberi potuit, cum ea lex condita ſit a Gordiano Imperatore A.C. 242. nimirum, antequam tranſmiſſarius juris deliberandi a Juſtiniano introductus, annis 292. Deinde frater defuncti ut legitimus heres ab inteſtato petebat admitti ad facultates fratris, petendo bonorum poſſeſſionem Unde agnati, ex eo quia ipſius fratris defuncti filius emancipatus & heres inſtitutus ante aditam patris hereditatem deceſſerat; quare non venit ut tranſmiſſarius nepotis, veniſſet enim ex teſtamento. Tandem nulla in eo textu ſubſtituti mentio habetur, ut legenti perſpicuum ſit. Quæſtio enim erat inter heredem filii inſtituti, & legitimum heredem fratris defuncti, uternam admitti deberet, ipſo filio ante aditam hereditatem mortuo; & reſpondit Gordianus heredem filii excludi, quia cum filius fuiſſet ſui juris tempore mortis paternæ, non tranſmiſit hereditatem; quippe temporibus Gordiani non tantum non erat tranſmiſſarius Juſtinianeus, ſed nec Theodoſianus, qui introductus eſt A.C. 450.

Hæc eſt vera interpretatio ejus legis. Verum, quia hodie jam iſtos alios tranſmiſſarios habemus, præter eum, qui ſui heredis dicitur; propterea dicendum eſſet, fratrem defuncti excludi debere, vel ex conſtitutione Theodoſii, ſi filius deſcendentes uſque ad tertium gradum reliquit: vel ex conſtitutione Juſtiniani, ſi alios heredes reliquit, & mortuus eſt intra annum juris deliberandi; itaut textus ille hodie locum non habeat, niſi cum tranſmiſſarius Theodoſianus deeſt, & filius mortuus eſt poſt annum deliberandi. Verumtamen neque hoc modo quidquam facit ad rem noſtram, quia, ut diximus, nullus ibi proponitur datus ſubſtitutus.

IV. Ad textum in *l. un. §. cum autem C. de caduc. toll.* varie a DD. reſponſum eſt; nos tamen dicimus, in eo textu de diverſis caſibus ſermonem haberi I. de tranſmiſſario. II. de ſubſtituto. Quæ omnia, & ſingula, ut facile demonſtrentur, verba legis præmittenda ſunt, quæ ita habent: *Cum autem in ſuperiore parte legis non aditam hereditatem minime, niſi exceptis quibuſdam perſonis, ad heredes defuncti tranſmitti diſpoſuimus, neceſſe eſt, ſi quis ſolidam hereditatem non adierit, hanc, ſiquidem habeat ſubſtitutum, ad eum, ſi voluerit, & potuerit, pervenire.*

Ubi duos caſus aperte Juſtinianus diſtinguit. I. Si heres ex aſſe inſtitutus, non adit; & vult, tranſmiſſarium admitti, ſive Theodoſianum, ſive Juſtinianeum, ut conſtat ex §. *in noviſſimo*, ad quem ſe Imperator refert, in illis verbis, *In ſuperiore parte legis;* admitti, inquam, excluſo Fiſco, qui veniret jure caduci. II. Si heres non ex aſſe inſtitutus, hoc eſt coheres, non adit, & diſponit admitti ſubſtitutum, excluſo coherede. Adverſarii autem iſtos duos caſus ſimul miſcendo, inde eliciebant, primo attendi tranſmiſſarium, ſecundo ſubſtitutum; ſed verbis ita diſtinctis, contrarium deduci debet, nempe tranſmiſſarium tunc admitti, cum deeſt ſubſtitutus; qui ſi adſit, ipſe ad hereditatem non aditam vocatur, excluſo etiam coherede, ex regula, quod potentius ſit jus ſubſtitutionis, quam jus accreſcendi, quod coheredi competit.

Poſſet etiam dici, in eo textu nullam de ſubſtituto vulgari mentionem haberi, imo nec haberi debuiſſe, aut potuiſſe, ſed nomine ſubſtituti intelligi coheredem, qui ad coheredis non adeuntis partem jure accreſcendi admittatur, excluſo fiſco, qui venire vellet jure caduci. Notabimus enim, totam eam legem latam a Juſtiniano eſſe ad tollendum antiquum jus caducorum ex *l. Papia Poppæa* introductum, ut ita ærarium publicum bellis civilibus exhauſtum, abundaret.

Statuebat autem (quantum ad rem noſtram pertinet) herede ex aſſe inſtituto, eo

non adeunte, hereditatem tanquam caducam fiſco deferri; & hoc eſt, quod Juſtinianus in primo caſu corrigit. Statuebat etiam nullum eſſe inter coheredes jus accreſcendi, ſed ſi quæ pars hereditatis vacaret, coherede non adeunte, eam minime accreſcere coheredi, ſed tanquam caducam fiſco acquiri. Ceterum jus ſubſtitutionis lex Papia ſemper integrum & illibatum reliquit; imo Juſtinianus in *d. l. un.* §. *& quemadmodum*, obſervat, teſtatores introduxiſſe ſubſtitutiones, ne teſtamenta fierent caduca, eaque providentia viam legi Papiæ obſtruxiſſe. Ex his fit, nullam Juſtinianum hic in ſecundo caſu, dum corrigit legem Papiam, mentionem merito habere potuiſſe de ſubſtituto vulgari, quia hic, inſtituto non adeunte, ſemper fuit admiſſus, etiam lege Papia vigente; opus vero habuit loqui ſolum de eo caſu, quo heres inſtitutus coheredem habuit; & ut hic olim ex lege Papia excludebatur, ſtatuere ne amplius excluderetur, ſed ad coheredis partem non aditam veniret jure accreſcendi.

Nec mirum eſt, coheredem a Juſtiniano ſubſtitutum dici; quod facit ideo, quia coheres tacite ex voluntate teſtatoris ſubſtitutus videtur, ut jam ſupra diximus ex *l. ſi Titio & Mævio* §. 1. *ff. de legat.* 2. *& l. non juſtum C. ad Trebell.*

Sed id, quod ultimo tandem loco objiciebatur, nempe in vulgari ſubſtitutione comprehendi duplicem caſum voluntatis, & impotentiæ; dicimus in ſpecie noſtra, cum ſubſtitutus adeſt, heresque tacuit, decedendo haberi, tanquam ſi noluiſſet aut deliberaſſet nolle, licet intra annum deliberandi deceſſerit; quamvis in eo caſu, quo ſubſtitutum non habet, ipſe inſtitutus heres, tacendo, dicatur nondum deliberaſſe.

Ratio hujus doctrinæ, quæ ſatis notatu digna eſt, dependet ex eo, quia Juſtinianus in *d. l. cum in antiquioribus*, cum jus deliberandi, quod in omnes heredes tranſmitteretur, introduxit, id tantum ante oculos habuit, ut teſtatori, & teſtamento faveret, ne ſcilicet herede inſtituto tacente, & obeunte, cauſa teſtati prioris defuncti reduceretur ad cauſam inteſtati. Itaque ne id accideret, ſtatuit, heredem intra annum obeuntem, haberi tanquam ſi non deliberaſſet, contra jus antiquum, ex quo heres, qui tacuit, per mortem cenſebatur jam deliberaſſe, nolle ſe hereditatem, eoque ſucceſſores legitimi, aut fiſcus ad hereditatem primi morientis admittebatur. Hæc autem ratio ceſſat, cum heredi inſtituto datus eſt ſubſtitutus; quippe nulla eſt ratio, cur jus deliberandi tranſmittetur, quoties ſubſtitutus adire velit: nam ex ſubſtitutione teſtamentum vires capit, & qui defunctus eſt, teſtatus deceſſiſſe dicetur. Quocirca iſto caſu, quo ſubſtitutus adeſt, remanet jus antiquum incorrectum, & propterea heres, qui tacendo deceſſit, dicetur deliberaſſe, ac noluiſſe hereditatem, ad quam veniet ſubſtitutus, excluſo tranſmiſſario.

Ex his intelligere licet I. Rationem, cur tranſmiſſarius excludat legitimos heredes prioris defuncti, ſeu teſtatoris, & e diverſo non excludat ſubſtitutum, ſed potius ab illo excludatur. Nempe, quia contra legitimos heredes viget jus deliberandi, ne teſtator obeat inteſtatus: at idem jus non viget contra ſubſtitutum, qui ſuccedendo, ipſe firmat teſtamentum, & teſtator decedet teſtatus, ſine ulla ope tranſmiſſarii Juſtinianei.

II. Intelligimus, verum eſſe, quod ſupra diximus, ſcilicet ſi ſubſtitutus nolit, vel nequeat adire, tunc tandem heredem heredis ex vi tranſmiſſionis ad teſtatoris hereditatem admitti; quia ſcilicet tunc opus eſt, ut teſtamentum ſubſtineatur, nec ſubſtineri poteſt, niſi per tranſmiſſarium, cum ſubſtitutus deſit.

De Tranſmiſſario Theodoſiano quædam notatu digna.

UT quæ ſupra de Conſtitutione Theodoſii produximus, melius cognoſci poſſint, circa eam adhuc nonnulla notabimus. Ea eſt ſub *tit. C. de iis qui ante apertas tabulas hereditatem tranſmittunt*, quia olim ex *lege Papia caducaria* nequibat heres adire, niſi poſt apertas tabulas, ut & legatorum dies non cedebat a morte teſtatoris, ſed ab apertis tabulis; quocirca herede obeunte ante tabulas apertas neceſſario hereditas fiebat caduca, tanquam ab herede non adita, & quærebatur fiſco; excepto eo tantum caſu, quo heres in tabulis inſtitutus, filius fuiſſet ſub poteſtate teſtantis; quia enim in eo nulla eſt neceſſaria aditio, ſed ipſo jure intelligitur heres, propterea decedendo quandocunque, etiam ante apertas tabulas, hereditatem tranſmittebat. Quod etiam hodie verum eſt.

Ve-

Digitized by Google

Verum id, quod de uno filioſamilias olim erat, Theodoſius ad omnes deſcendentes ad tertium uſque gradum produxit, ut ſcilicet hereditatem non aditam tranſmittant, etiam nondum tabulis apertis. Ex quo patet, Theodoſii legem ſolummodo in ſucceſſione teſtamentaria locum habere, non etiam in legitima, quæ ab inteſtato defertur; Theodoſius enim jus antiquum in ea ſucceſſione tantum reſtrinxit, quæ fit ex judicio teſtatoris, ut titulus demonſtrat, nempe *de iis qui ante apertas tabulas;* quippe ab inteſtato nullæ tabulæ confingi poſſunt; idipſum deinde ex verbis conſtitutionis colligitur; cum ſemper de avo, & proavo, aliove naturali aſcendente agat, qui liberos inſtituit. Unde fit, non fuiſſe a Theodoſio correctum jus antiquum in ſucceſſione ab inteſtato, ex quo filius, e. g. emancipatus, ſi non adita patris, aut matris hereditate decedit, illam tanquam aditam non tranſmittit.

Verum in hujuſmodi caſu, licet deſtitutus beneficio Theodoſii, non carebit tamen eo, quod Juſtinianus introduxit; nam ſi filius iſte intra annum deceſserit, tranſmittet jus deliberandi in heredes ex *d. l. cum in antiquioribus.*

Accurſius tamen in *d. l. un.* Theodoſii voluit legem eam locum habere in utraque ſucceſſione, etiam ab inteſtato. Idque DD. communiter ſequuntur; pro quorum ſententia illud dici poſſet, conſtitutionem Theodoſii ex paritate rationis trahi poſſe a cauſa teſtamentaria ad cauſam ab inteſtato; quippe deſcendentibus, maxime intra tertium gradum, hereditas quaſi ex naturæ voto debita videtur; hac enim ratione motus Theodoſius videtur: quæ quidem ratio etiam ab inteſtato viget.

Præterea præſens Theodoſii conſtitutio non ſolum in hereditate, ſed etiam in legatis, & fideicommiſſis locum habet, ut ex ipſo textu expreſſe patet; cum enim antiquitus dies legatorum non ceſſiſſet ante apertas tabulas, opus fuit, ut legatariis etiam Theodoſius ſubveniret: nempe, ut ſi deſcendens intra tertium gradum, cui quidem legatum ſit, ante apertas tabulas deceſſerit, legatum, tanquam agnitum, tranſmittat.

Hodie tamen circa hanc rem habemus novam Juſtiniani conſtitutionem, in *l. un. §. in noviſſimo, cum duob. ſeqq. C. de caduc. toll.* ubi generatim ſtatuitur, diem legatorum, ut etiam fideicommiſſorum, a morte defuncti cedere, modo legata pura ſint, vel in diem certum relicta, & legatarius poſt teſtatoris mortem decedat; nam ſi mortem teſtatoris prævertat, non tranſmittet.

Aliud itaque jus eſt, ſi legatum ſub conditione relictum ſit, vel ſub die incerta; horum enim dies non cedit, niſi poſt conditionis eventum, vel poſtquam dies incerta extiterit. Unde ſi ante hæc tempora legatarius decedat, non tranſmittet, *d. l. un. §. ſin autem aliquid.* Quod verum eſt, quamvis legatarius ſit ex liberis teſtatoris, quoniam in quantum ad legata hæc, nihil in jure antiquo vel a Theodoſio, vel a Juſtiniano eſt innovatum, ut Acc. & Bartol. ibidem obſervant.

At ſi legati ſub conditione, vel ſub die incerta, dies cedat vivo legatario, ſemper legatum tranſmittetur, *l. ideo ff. qui teſtamenta facere l. 2. cum ſeq. ff. quando dies legatorum.*

Illud maximam in hac re difficultatem habet, utrum fideicommiſſariis etiam jus tranſmiſſionis conceſſum ſit? Nec tamen quæſtio eſt de fideicommiſſo ſingulari, ſeu, ut vulgo vocant, particulari; nemo enim ambigit, quin obeunte fideicommiſſario ad heredem ipſius tranſmittatur, modo ejus dies, fideicommiſſario vivo, ceſſerit, *l. 2. & 3. C. quando dies legatorum cedat.* Dubium ſolum eſt de fideicommiſſo univerſali.

Communis in hac re DD. opinio eſt diſtingui debere inter fideicommiſſum purum, & conditionale. Et purum quidem ſemper tranſmitti volunt; e. g. Cajus inſtitutus heres eſt, & fideicommiſſo gravatus in favorem Titii; accidit deinde, ut antequam Titius fideicommiſſum petat, decedat, hoc eſt, antequam per heredem ſteterit, quin fideicommiſſum reſtituatur; eo caſu communiter DD. docent, heredes fideicommiſſarii poſſe ex Trebelliano cogere heredem gravatum ad hereditatem ſibi reſtituendam jure tranſmiſſionis. Ita Acc. Bart. & ceteri in *l. cum filioſam. ff. de legat. 1.* late Peregr. *de fideic. qu. 31.* Tiraqu. *de retractu gl. 1. §. 26.*

Moventur præcipue ex *l. 3. C. de fideic.* ubi cum agatur de fideicommiſſo reſtituendæ hereditatis, non alia tamen ratione fideicommiſſum univerſale ad fideicommiſſarii heredes pertinere negantur, quam quod illi ipſi, qui fideicommiſſum præſtare debuerant, fidei-

commiſſario ſucceſſiſſent : atque ita confuſis per aditionem actionibus, nulla fideicommiſſi perſecutio ſupereſt. Species enim legis hæc eſt: quidam, condito teſtamento, heredes rogarat, ut ancillam manumitterent, eique reſtituerent hereditatem; defuncto teſtatore, ancilla quidem manumiſſa eſt, ſed ab inteſtato ante reſtitutionem deceſſit: quocirca ejus ſucceſſio ad heredes manumiſſores pertinuit, tanquam ad patronos. Heredes itaque manumiſſores puellæ hereditatem adierunt. Quæſitum eſt ab Imperatore Antonino, utrum heredes fideicommiſſo eſſent liberati? Ratio dubitandi fuit, quia heredes inæqualiter fuerant a teſtatore inſtituti, e.g. Unus in dodrante, alter in quadrante; quare ſi hereditas apud ipſos, tanquam teſtatoris heredes manebat, eam dividebant etiam inæqualiter, uno accipiente dodrantem, altero quadrantem: at ſi ſucceſſerint, ut heredes puellæ fideicommiſſariæ, quia ea ab inteſtato præmortua proponitur, ſucceſſiſſent æqualiter. Reſpondit ergo Antoninus, per aditionem hereditatis puellæ, confuſis actionibus, heredes gravatos, eſſe fideicommiſſo liberatos. Ergo, inquiunt, dubitari non poteſt, Imperatorem aliud fuiſſe reſcripturum, ſi alios heredes fideicommiſſarius habuiſſet, nempe heredes gravatos non intelligi liberatos fideicommiſſo; quod perinde eſt, ac ſi dicas, in heredem fideicommiſſarii tranſire jus deliberandi.

Quod ſi fideicommiſſum univerſale ſub conditione conceptum ſit, tunc ita diſtinguunt; aut dies ceſſit, vivo fideicommiſſario, & quia eo caſu jam incipit pro puro haberi, procedent illa eadem, quæ jam de puro fideicommiſſo diximus: aut ante ceſſam fideicommiſſi diem fideicommiſſarius deceſſit, & volunt regulam eſſe, fideicommiſſi tranſmiſſionem non fieri, *l. Statius Florus §. Cornelio Felici ff. de jure fiſci*, *l. intercidit ff. de condit. & demonſtr. l. un. §. ſin autem aliquid ſub conditione C. de caduc. toll.* Putant tamen ex voluntate teſtatoris poſſe ad heredes fideicommiſſarii tranſmitti, ſcilicet quoties ex aliqua conjectura appareat ita teſtatorem voluiſſe, veluti cum heres fideicommiſſarii eſt ex deſcendentibus teſtatoris. Vide latius Manticam *de conject. lib.* 11. *tit.* 20.

Porro illud notandum eſt, in foro receptum eſſe, interruptionem graduum non vitiare fideicommiſſum. E. g. teſtator rogavit heredem, ut reſtitueret Cajo, itemque Cajum ut reſtitueret Titio: accidit autem, ut vivo herede Cajus deceſſerit, deinde vivo Titio deceſſerit heres; docent fideicommiſſum non intercidiſse propter interruptum ordinem graduum, ſed eſse omnino reſtituendum Titio, Quod probant ex eo, quia fideicommiſsum hac parte eſt ſimile ſubſtitutioni vulgari, cum per utrumque ſuccedatur teſtatori, non heredi, *l. coheredi §. cum filiæ ff. de vulg. l.* 2. *ff. ad Trebell.* Sed vulgaris ſubſtitutio ex graduum interruptione non vitiatur, quia ſubſtitutus ſubſtituto cenſetur ſubſtitutus inſtituto, *d. l. coheredi in princ.* & *l. quandiu inſtitutus ff. de acqu. hered.* Ergo eodem modo in propoſita ſpecie Titius fideicommiſſarius Caji, cenſendus eſt fideicommiſſarius heredi. Ita DD. communiter poſt Bart. in *d. l. quandiu*.

Hæc pro foro obiter notaſſe volumus; nam quid de rigore juris ſit, late tractat Faber *dec.* 31. *err.* 1. 2. & 3. quem vide.

Filiofamilias recuſante hereditatem, utrum pater ſubſtituto vulgari præferatur.

QUÆSTIO VII.

Species ita ſe habet. Filiofamilias inſtituto heredi datus eſt ſubſtitutus in caſum vulgarem. Noluit filiusfamilias hereditatem adire, reclamante patre, ſub cujus poteſtate erat. Quæritur, an pater poſſit ipſe hereditatem adire, excluſo ſubſtituto?

Et verior mihi videtur communis opinio, quæ patrem admitti docet, ex nova Juſtiniani conſtitutione in *l. ult. C. de bonis quæ liberis*; ibi enim Imperator loquens de filiofamilias herede inſtituto, ſtatuit, eo nolente hereditatem adire, patrem, qui reclamabat, ad adeundum admitti, & omne ſive damnum, ſive lucrum in ſuam habere fortunam. Idque verum eſſe ait, ſive filiusfamilias ſit integræ ætatis, hoc eſt, annum 25. exceſſerit, ſive in ſecunda ætate conſtitutus reperiatur, hoc eſt, minor ultra infantiam; præterea nihil intereſſe utrum paganus ſit, an vero miles. Et, quod notandum eſt, in §. *ſimilique modo*, addit, patrem ita ſibi hereditatem acquirere: *Quaſi* (verba textus ſunt) *ipſe pater ab initio fuiſſet heres inſtitutus*. Ex quibus patet, a Juſti-

Digitized by Google

Juſtiniano haberi hoc caſu nomen filii pro non ſcripto : & contra , haberi tantum pro appoſito nomen patris , ſub cujus poteſtate filius eſt ; ſeu potius ſub nomine filii cenſeri inſtitutum ipſum patrem . Quoties ergo ipſe pater adire vult , ſubſtitutus omnino erit excludendus , qui ſolum poteſt admitti , repudiantibus patre ſimul , & filio . Ita Angelus , Aretinus , aliique apud Trentacinquium *part. 6. de ſubſtitutionib.*, & videtur eſſe opinio Bartoli in *l.* 1. *ff. de vulg.* Eam quoque docuit Duarenus in hoc *tract.*

Et nihil obſtat , quod poſt alios Fachin. 4. *contr.*36. objicit ex *l. ſi pater ff. de hered. inſtitut.* nempe , ſubſtitutionem vulgarem in homine libero eam continere conditionem , ſi nec ipſe ſe fecerit heredem , nec mutata conditione alium fecerit heredem . Sed, inquit , filius hoc caſu nec ſe fecit heredem , nec alium . Ergo hereditas ſtatim defertur ſubſtituto , cum verificata conditio ſit , argumento ex *l. ult. ff. de conditionib. inſtit.*

Non obſtat , inquam ; & negatur ſuppoſitum . Supponunt enim , hic filium eſſe inſtitutum , cum contrarium expreſſe Juſtinianus ſtatuat , cenſeri ſub nomine filii inſtitutum patrem , tunc ſcilicet , cum filius patre invito repudiat . Si itaque pater inſtitutus dicitur , & pater jam adit , conſequens omnino ſit , ut ſubſtitutus excludatur.

Ex his patet , quid dicendum ſit de monacho , qui heredi inſtituto datus ſit ſubſtitutus vulgaris , & monachus contradicente ſuperiore non adeat , ſeu repudiet ; nempe ex ſimili concludendum videtur, poſse monaſterium hereditatem adire , & ſubſtitutum excludere . Quæ ſententia communis eſt, favore maxime cauſæ piæ : imo docent, monaſterium non modo intra annum juris deliberandi adire poſse , ſed eo tranſacto habere præterea quatriennium ad petendam reſtitutionem in integrum , tanquam ſi minor eſset, argumento ex *cap.* 1. *de in integrum reſtitutione*. Vide Bart. in *d. l.*1. *ff. de vulg.*

Utrum ſubſtitutus vulgaris excludatur a Fiſco.

QUÆSTIO VIII.

POne , Cajo heredi ſubſtitutus eſt in caſum vulgarem Sempronius . Cajus tamen , ante aditam hereditatem, ob admiſſum delictum ſententiam patitur , ex qua fiſcus omnia ejus bona occupat ; quæſitum an quia Cajus redditur ob ſententiam acquirendi incapax , ad hereditatem teſtatoris admittatur ſubſtitutus , an potius liceat fiſco adire ? Idipſum quæritur , ſi Cajus poſt admiſsum delictum , ſed ante latam ſententiam repudiet : ſcilicet an poſſit fiſcus admitti , tanquam repudiatione in ipſius fraudem facta ?

Et placet, ſubſtitutum admitti. Ita Duarenus in *hoc tit.* Petrus Gregor. 42. *ſynt.* 14. Fachin. 4. *contr.*64. nunquam enim de fiſco declaratum eſt id , quod modo de patreſamilias diximus , nempe ipſum in his caſibus pro inſtituto haberi : & propterea recte hic locum habet regula *d. l. ſi pater ff. de hered. inſt.* hoc eſt , quia inſtitutus neque ſe fecit heredem , nec mutata conditione fecit heredem alium , propterea ſubſtitutum admitti .

Addit Fachin. immerito de hac re certare DD. contra conſtitutionem Juſtiniani in *tit. C. de caduc. tollend.* ubi in §. *cum autem* , quoties heres inſtitutus nequit adire , non vocat fiſcum , ut erat ex *l. Papia* , ſed eo excluſo , ſanxit ſubſtitutum admitti ; nec fiſcum vocat , niſi ultimo loco , omni alio herede tam teſtamentario , quam ab inteſtato deficiente . Neque enim verum eſt, quod putabat Bart. in *d. l.* 1. cenſeri heredem inſtitutum ob crimen admiſſum ſibi heredem feciſſe fiſcum ; nam inſtitutio heredis facti eſt , & non juris .

Sed tuetur ſe Bartolus verbis Martiani in *l. ſi ſequens gradus ff. ad Syllan.* ubi hæc habet : *Si ſequens gradus ultus fuerit necem teſtatoris , an prioris hereditas ad illum transferatur ? Et ait Papinianus non eſſe hoc; nam pœna illius , hujus præmium eſſe non debet* . Unde fit , ut hereditas deferatur fiſco , excluſo ſubſtituto , etiamſi is vindicaverit defuncti necem . Ceterum defertur fiſco ob delictum heredis inſtituti , qui ex Syllaniano tenebatur quæſtione habere , & ſupplicium ſumere de iis ſervis , qui ſub eodem tecto fuerunt , quoties dominus per vim necatus fuit , *l.*1. §. *occiſorum ff. cit. tit.*

Verum reſpondetur, eatenus ibi ſubſtitutum excludi , & fiſcum admitti , quia hereditas ab herede inſtituto adita jam fuit; quippe non omnis heres , qui defuncti necem non vindicat, punitur, ſed is tantum , qui jam

Digitized by Google

jam hereditatem adivit: is, inquam, tanquam indignus punitur, & ab eo hereditatem, tanquam ab indigno, fiſcus aufert, *l. neceſſarios* §. *non alias ff. cit. tit.* Cum ergo hereditas adita fuerit, merito ait, Papinianus, heredem ſequentem in gradu, ſeu ſubſtitutum excludi; quippe is non poteſt venire jure ſubſtitutionis, & veniret tantum jure præmii, quod vindicavit teſtatoris necem. At iſtud ipſi præmium nunquam lex ulla conceſſit: & e contrario Senatuſconſultum Sylanianum vocavit fiſcum jure pœnæ.

Quod ſi accidat heredem repudiaſſe hereditatem, antequam ſententiam paſſus ſit, nec propterea fiſcus admitteretur, tanquam repudiatione in ipſius fraudem facta. Primo enim hic fraus nulla eſt; nam cum inſtitutus heres repudiat, utitur jure ſuo, cui a lege conceſſum eſt libera adeundi, repudiandi libertas, niſi forte id in fraudem creditorum fiat. Et patet a ſimili; quippe heres, qui fideicommiſſo gravatus eſt ſub conditione, ſi ſine liberis deceſſerit, poteſt per ſubſequens matrimonium legitimare filios naturales ad excludendum fideicommiſſarium, etiamſi matrimonium illud in mortis articulo ineatur, *cap. tanta, qui filii ſint legitimi*. Præterea dato id factum in fraudem fiſci; tamen ab hac fraude innocens eſt ſubſtitutus, qui ſuo jure utitur, cum ex ſubſtitutione adit hereditatem, quam inſtitutus repudiavit.

Hinc regulam DD. ſtatuunt, nempe quum inſtitutio pro non ſcripta habetur, ſemper fit locus ſubſtituto vulgari, Gloſs. & Bart. in *l. ex facto ff. de hered. inſtit.* ex qua regula orta eſt mirabilis deciſio, quæ extat apud Theſaurum *dec.* 127. *cum ſeq.* Species eſt: frater condito teſtamento heredem inſtituit turpem perſonam, cui vulgariter ſubſtituit, prateterito fratre ſuperſtite. Is ergo egit querela inofficioſi teſtamenti adverſus fratris teſtamentum ex *l. fratres C. de querela inofficioſi*; & obtinuit inſtitutionem turpis perſonæ haberi pro non ſcripta: at non ſibi mellificavit, quippe non ſibi, ſed ſubſtituto victoriam paravit, qui & ſucceſſit, quocirca frater obfuit inſtituto, & ſibi non profuit. Verum hæc deciſio difficultate non caret. Vide Menoch. *conſ.*234. & Sforziam Oddo *conſ.*10.

Utrum ſubſtitutio in unum caſum concepta, trahi poſſit ad alterum.

QUÆSTIO IX.

Ad L. 4.

PRima eſt opinio eorum, qui docent, caſum impotentiæ a teſtatore poſitum in ſubſtitutione trahi ad caſum voluntatis, quamvis de hoc ſecundo nihil teſtator expreſſerit, ſed tantummodo dixerit, *Si heres eſſe non potuerit*: & e contrario caſum expreſſum voluntatis trahi ad caſum impotentiæ; prorſus ut nihil interſit, utrum teſtator dixerit, *Si heres eſſe noluerit, vel non potuerit*, ac ſi unum tantum ex his caſibus apponat, altero omiſſo. Quæ fuit ſententia Bartoli, cui ſubſcripſere Soccin. Ripa, & alii in *l.*1. *ff. de vulg.*

Probant id primo ex defuncti voluntate, qui ſubſtituendo id videtur voluiſſe, ne inteſtatus decederet, cui quidem voluntati æque contrarium eſt tam ſi heres nolit, quam ſi nequeat heres eſſe: propterea teſtator, qui in unum caſum ſubſtituit, cenſendus eſt etiam ſubſtituiſſe in alterum, præſertim quia pro eodem habentur nolle, & non poſſe, argumento ex *l.* 1. *ff. de procuratoribus*. Nec novum eſt in jure noſtro, caſum omiſſum, ex voluntate teſtatoris cenſeri comprehenſum in expreſſo, DD. in *l. Gallus* §. *& quid ſi tantum ff. de liber. & poſth.*

II. Ex *d.* §. *& quid ſi tantum*, cum Galli conſilium concipiatur ſub conditione, *Si filius morietur*, nihilo minus ad ſimilitudinem mortis admittuntur ceteri caſus omnes, in quibus accidat filium de medio tolli, vel per aquæ & ignis interdictionem, vel per emancipationem, vel per ſervitutem; quaſi hi caſus ex ſententia legis Vellejæ ſuppleantur, quæ in *cap.*2. generatim habet, *Si quis ex ſuis heredibus ſuus heres eſſe deſierit*. Supplentur ergo in formula Galli, licet omiſſi. Ergo a pari in ſpecie noſtra, quamvis caſus impotentiæ, vel voluntatis, omiſſus ſit, tamen ex ſimilitudine dici debet comprehenſus; jam enim diximus ſimile eſſe nolle, ac non poſſe, *d. l.*1. *ff. de procuratorib.*

III. Ex *l. ſi minor C. de inſtitutionib. & ſubſt.* quippe filius a matre inſtitutus ſub conditione ſi per emancipationem ſui juris

Digitized by Google

efficiatur, ad matris hereditatem admittitur, quoties pendente conditione alia via ſacris paternis ſolvatur, veluti quia pater moriatur, deportetur, vel filius fiat Conſul, Epiſcopus, & ita porro; tanquam ſi caſus emancipationis comprehenderet omnem alium ſimilem caſum, quo filius ſui juris evadat. Idipſum colligere licet ex *l. Titius* §. *Lucius ff. de liber. & poſth.* ex *l. ult. C. de poſthum.* & tandem ex his, quæ ſupra diſputavimus de ſubſtitutione vulgari, quæ continetur in pupillari, & e contrario.

Non deſunt tamen, qui in contrarium nitantur, ſubſtitutionem in unum caſum conceptam non trahi ad alium, Duarenus in *hoc tract.* Mantica 5. *de conject.* 1. Fachin. 4. *contr.* 65. Quæ ſententia verior eſt, & firmatur ex pluribus.

Et primo quidem ratione; nam quoties duo ſunt, quorum unum ſe alteri opponit, & unum alteri repugnat, tunc regula eſt, ut unum non contineat alterum, niſi ex expreſſa juris conſtitutione, ut ex mox dicendis clarum erit, & patet etiam ex *l.* 4. *ff. de vulg.* quippe intantum vulgaris complectitur pupillarem, inquantum hoc expreſſa Divorum Fratrum conſtitutione fuit ſtatutum, *l. quamvis C. de impuberum.* Sed in noſtra ſpecie primus caſus vulgaris opponitur ſecundo, cum ſæpe accidat, ut quis velit, & non poſſit, vel e contrario ut quis poſſit, & tamen nolit: nec ullam adhuc expreſſam juris conſtitutionem habemus, quæ ſtatuat unum in altero comprehendi. Ergo ex regula, quæ hic incorrecta manet, dicendum eſt, unum in altero non includi. Verum ut propoſita regula clarius pateat.

II. Probatur jure ex Pomponio in *l. commodiſſime ff. de liberis & poſth.* ubi quamvis, qui nondum natus eſt, ita a patre, vel avo inſtitui poſſit, *Sive vivo me, ſive me mortuo natus ſit, heres eſto*; tamen ſi alteruter caſus omiſſus fuerit, hic caſus non cenſetur teſtamento comprehenſus, ut propterea natus eo caſu rumpat teſtamentum. Ubi recte Alexander ita in ſummam redigendo textum, regulam ſtatuit, nempe, Qui providet ſibi in uno caſu, non videtur in alio caſu omiſso ſibi providere.

III. Ex Papiniano in *l. pater Severianam* (alias *Severinam*) *ff. de conditionib.*, ubi pater filiæ prædium legavit, ſi Ælio Philippo nupſiſset; (quod ita interpretatur, ſi voluerit nubere) quod ſi non nupſiſset, hoc eſt noluiſſet nubere, idem prædium Philippo dari voluit. Accidit, ut nondum viri potens puella diem ſuum obierit. Reſpondit Papinianus, conditionem non extitiſſe, nec propterea fideicommiſſum Philippo deberi: ſcilicet, quia caſus voluntatis non complectitur caſum impotentiæ.

Neque obſtat, quod ait Gomeſius 1. *variorum cap. de vulgari num.* 10. Papinianum ita in ea ſpecie ſtatuiſſe, quia pœnam teſtator appoſuit in eo caſu, quo filia Philippo nubere noluiſſet. Nam id facile rejicitur; etſi enim Papin. mentionem faciat pœnæ, tamen deciſio non nititur pœna, ſed ſolum dependet ex eo, quod fideicommiſſum relictum erat in caſum quo nollet, non etiam in caſum, quo non poſſet matrimonium inire.

Ex his facile patet, quid adverſariorum argumentis reſponderi debeat. Nam cum primo ajunt, mentem teſtatoris in ſubſtituendo vulgariter, eam fuiſſe, ne inteſtatus decederet, dicimus id quidem verum eſſe, cum eo tamen, ut verum etiam ſit, teſtatorem demonſtraſſe, mentem ſuam fuiſſe, non ut omni caſu teſtatus decederet, ſed eo caſu tantum, quem ipſe in teſtamento expreſſit; nam in noſtris legibus exempla habemus eorum, qui omni caſu voluerunt teſtati decedere; quippe dicere ſoliti ſunt, vel generatim, *Si heres non erit*, argumento ex *d. l. commodiſſime*, ibi, *Neutrius temporis habita mentione*: aut utroque caſu expreſſo, ita *Si adire noluerit, vel non potuerit*, *l. cum proponas* C. *de hered. inſtitu.* Quocirca, cum in noſtra ſpecie neutrum ex his fecerit, ſed alterum tantum caſum expreſſerit, videtur in eo ſolum voluiſſe teſtatum decedere. Faciliime quippe poterat utrumque caſum exprimere, aut uno expreſſo, alterum addere, nec tamen fecit; quod ſignum mihi evidentiſſimum videtur, noluiſſe omni caſu decedere teſtatum.

Cum vero addunt pro eodem haberi nolle, & non poſſe, dicimus hoc intelligi in quantum ad effectum, non inquantum ad modum; quæ modi diverſitas adeo maximi momenti eſt, ut uno expreſſo alterum non comprehendatur, ut clare patet ex *d. l. pater Severinam.*

Hinc II. facile reſolvitur, quod opponunt ex *d. l. Gallus* §. *& quid ſi tantum*; nam dato, quod vulgo putant, in formula Galli

caſum

Digitized by Google

caſum mortis expreſſum porrigi ad ceteros caſus non expreſſos interdictionis aquæ & ignis, emancipationis, & ſervitutis, qui ſimiles caſui mortis ſunt; tamen id habemus ſpeciali lege declaratum, quæ declaratio ſi facta non eſſet, contrarium diceremus ex regula a nobis ſupra explicata. Hæc autem declaratio in noſtra ſpecie non adeſt.

Poteſt etiam negari iſtos caſus in formula Galli ſub caſu mortis comprehendi; verior enim explicatio *d.* §. *& quid ſi tantum*, eſt ea, quam latiſſime tradit Antonius Faber in 10. *conject.* Nempe id ſolum ibi ſtatui, quod ſicuti ex *l. Velleja*, poteſt avus inſtituere nepotem, ſi filius ſuus heres eſſe deſierit, ita idem avus ex ejuſdem legis ſententia in formula Galli poteſt ſibi providere in ceteris caſibus morti ſimilibus, ſi modo id expreſſe faciat; vel ſi generatim dicat. Si filius ſuus heres eſſe deſierit; nunquam enim ibi dicitur, quod vulgo opinantur, expreſſo ſolo caſu mortis, ceteros etiam ſimiles caſus intelligi expreſſos. Vide latius cit. Fabrum.

Quod III. opponunt ex *d. l. ſi mater*, reſolvitur, ſi notemus emancipationis nomen aliquando large ſumi, & comprehendere omnes eos modos, quibus filius e patria poteſtate ſubducitur, ſive per mortem ſit, ſive per dignitatem, aut ſimiliter; ut propterea, cum dixerit mater, ſe filium heredem ſcribere, ſi per emancipationem ſui juris efficiatur, nullum caſum excluſiſſe videtur, ut in *tit. C. de emancipationib. liberorum*.

In quantum vero ad textus *l. Titius* §. *Lucius ff. de lib. & poſth.* & *l. ult. C. de poſthum.* dicimus, eos niti mente & voluntate teſtatoris, qui ex facti ignorantia aliter ſcripſit, atque opus fuit, ut conſideranti illorum textuum ſpecies facile perſpicuum fiet. Quippe in *d.* §. *Lucius* quidam ita in teſtamento ſcripſerat: *Quod filia mea in utero habet, heres eſto*; quibus verbis videbatur, nepotem poſt teſtamentum naſciturum ſibi ſcripſiſſe heredem; & nihilo minus nepos pauculis horis ante teſtamentum natus erat, teſtatore ignorante. Reſpondit Paulus, inſtitutionem valere, hoc eſt caſum expreſſum nepotis naſcituri poſt teſtamentum, continere caſum non expreſſum ejuſdem nepotis nati ante teſtamentum. Id tamen ex ſpeciali ratione a Paulo reſponſum eſt; non enim poterat dubitari de eo ipſo nepote teſtatorem ſenſiſſe; erravit tamen in facto, ut qui credebat nondum natum, qui jam eadem die natus erat; quare conſtabat de mente teſtatoris inſtituendi eum nepotem, cui menti ignorantia facti non obſtat, ex vulgata regula juris. Nos autem non negamus, ex voluntate teſtatoris caſum omiſſum poſſe ſuppleri; id quod negamus, eſt, in ſpecie noſtra hanc teſtatoris voluntatem haberi; niſi aliquid aliud proponatur, unde ea colligi poſſit.

Simile eſt, quod habetur in *d. l. ult.* proponitur enim teſtatorem ſcripſiſſe, *Filius, qui intra decimum menſem poſt mortem meam naſcetur, heres eſto*; filius vero natus deinde eſt, vivo teſtatore; & ſublatis antiquorum Juriſconſultorum jurgiis Juſtinianus reſcripſit, filium non videri præteritum; conſtat enim voluntatem teſtatoris fuiſſe eum omnino filium inſtituere, quem ex errore putabat, ſibi poſt mortem naſciturum; quocirca hic etiam caſus omiſſus ſuppletur, quando de voluntate teſtatoris conſtat, quod in ſpecie noſtra non eſt.

Ceterum licet teſtator in unum caſum ſubſtituat, adhuc tamen ſub eo tacita pupillaris comprehenditur ex *l. ult.* C. *de inſtitutionib.*, ubi quidam inſtituit ventrem, & addidit, ſi poſthumus natus non fuerit, Cajus heres eſto, hoc eſt, ſi poſthumus heres eſſe non poterit. Tamen ſubſtitutus admittitur, tam ſi poſthumus editus non fuerit, quam ſi natus fuerit, & moriatur; illo ſcilicet caſu admittitur ex vulgari, iſto ex pupillari.

Utrum ob pubertatem vulgaris tacita expiret.

QUÆSTIO X.

Ad L. lex Cornelia 28.

VErior eſt opinio Gloſſæ in *l. lex Cornelia ff. de vulg.* ubi Ripa, Imola, Salycetus, & alii cum Gomez 1. *var. hoc tit.* ubi Emanuel Suarez, nempe expirante ſubſtitutione pupillari per adventum pubertatis filii, adhuc ſupereſſe vulgarem, ex qua ſubſtitutus ad teſtatoris hereditatem admittatur, filio nequeunte, vel nolente patris hereditatem adire. Quod palam fit exemplo pupillaris tacitæ, quæ continetur in vulgari expreſſa quippe; ſi filius inſtitutus heres

adeat,

Digitized by Google

adeat hereditatem, quamvis vulgaris expreſſa evaneſcat, ſupereſt tamen adhuc pupillaris tacita; prorſus ut filio deinde intra impubertatem decedente, ei ſubſtitutus ſuccedat, *l. 4. ff. de vulg. cum concordantib.* Ergo a pari cum pupillaris expirat, filio pubertatem ingrediente, remanet tacita vulgaris; non enim inter utrumque caſum ulla rationis diſparitas poteſt aſſignari.

Quidam credunt ad hanc concluſionem firmandam facere etiam legis fictionem, quæ vult ſubſtitutum ex vi vulgaris ſuccedentem fingi per retrotractionem a morte defuncti ſucceſſiſſe defuncto, argumento ex *l. heres ff. de acq. hered.* Quæ tamen ratio nullius momenti mihi eſſe videtur, quia quam facillime reſponderetur, retrotrahi quidem, cum adeſt; ſed hoc ipſum nos quærere, utrum adſit.

Objicies vitiato continente, vitiatur quoque quod ei ineſt, ceu cadente principali, cadit acceſſorium, *l. cum principalis*, *l. nihil dolo §. cum principalis ff. de reg. juris*. Sed vulgaris tacita ſe habet, ut contentum, ſeu acceſſorium ad pupillarem expreſſam, quæ eſt ut principale, & continens; quocirca hac vitiata, vitiatur & illa.

Reſpondemus tamen, tunc vitiato continente vitiari etiam contentum, cum id quod ineſt, a continente dependet. Quod non eſt in ſpecie noſtra; quia vulgaris tacita non dependet a pupillari expreſſa, nec contra, utpote quæ continetur, ſeu intelligitur ex ſola legis diſpoſitione, & propterea id, quod ineſt, habetur tanquam ſi expreſſum eſſet, ut patet ex *d. l. 4. ff. de vulg.* Dicendum eſt ergo, tacitam vulgarem ineſſe in pupillari; non tanquam in cauſa, ſeu in principali, ſed tantum tanquam in conditione, ſeu occaſione, ut ſcilicet facta pupillari, ſit & intelligatur eſſe etiam vulgaris. Ceterum ut infantis vita, in utero matris contenti, non dependet a vita matris, cum ſæpe accidat mortua matre, quæ continet, infantem vivere, ita etiam in ſpecie noſtra.

Utrum ſubſtitutio pupillaris facta a patre filio puberi, vel a matre filio impuberi, tacite vulgarem comprehendat.

QUÆSTIO XI.

Ad L. ſi mater 33. ff. de vulg.

HOc perinde eſt, ac ſi quæras, utrum pupillaris ſubſtitutio ab initio nulla, complectatur tacitam vulgarem. Et communis fere ſententia eſt, eam tacite vulgarem non continere, converti tamen in vulgarem, ut ſcilicet ſubſtitutio valeat quo modo valere poteſt, Bartolus, Soccinus, Imola, aliique in *l.* 1. Alexand. in *l. 5. ff. de vulg.* At vero Gomeſius 1. *var.* 3. voluit vulgarem contineri, ex *l. ſi mater ff. de vulg.* Quæ opiniones licet diſtent, in quantum ad explicandi modum, re tamen, ſeu effectu idem ſunt.

Nonnulli vero tradunt, eam reſolvi in fideicommiſſum, prorſus ut heredes filii obligentur reſtituere ſubſtituto ea pupilli bona, quæ ei a patre, vel matre ſubſtituente pervenerunt, ex *l. Scævola ff. ad Trebell.*

Hæc tamen omnia falſa ſunt, ut ex ipſa argumentorum diſſolutione patebit. Nam quod attinet ad textum in *l. ſi mater ff. de vulg.* ibi Africanus hæc verba habet: *Si mater ita teſtetur, ut filium impuberem, cum erit annorum XIV. heredem inſtituat, eique pupillaribus tabulis, ſi ſibi heres non erit, alium ſubſtituat, valet ſubſtitutio.* Putabat Gomeſius, *tabulas pupillares* hic accipi pro pupillari ſubſtitutione, quaſi mater filio ita ſubſtituerit, *filio meo in ætate pupillari decedenti Titius heres eſto.* Quæ utique ſubſtitutio nulla ab initio eſt. Cum ergo Africanus dicit ſubſtitutionem valere, conſequens omnino fit, ut valeat, tanquam vulgaris, quod Gomeſius putat denotari verbis illis, *ſi ſibi heres non erit.* Ob quem novum intellectum huic legi datum, narrat idem Auctor, ſe olim licentiati, ut vocant, gradum obtinuiſſe.

At recte Emanuel Suarez id immerito factum notat; potius enim ei, qui licentiati gradum obtinuiſſet, ex tam abſurda explicatione ea dignitas adimenda fuiſſet, quam ei, qui non haberet, danda; quippe nullam ibi pupillarem ſubſtitutionem mater filio puberi fecerat, cum aperte dicatur, alium ſubſti-

tuiſſe, *ſi ſibi filius heres non erit*, quæ ſubſtitutio vulgaris eſt; hæc enim verba matris ſubſtituentis ſunt, non Africani interpretantis ſubſtitutionem matris, ut Gomeſius ſomniat, & facile conſideranti patet. At quæres, cur ergo hæc ſubſtitutio dicitur facta *tabulis pupillaribus?* Reſpondet Cujac. ad *Afric. lib.* 2. *qq.* hoc ideo factum, quia ſubſtitutio reſtricta fuit ad ſolam ætatem pupillarem; ut propterea ſpecies illius textus hæc eſſe videatur; nempe cum mater filio pupillariter ſubſtituere cuperet, & lege impediretur; conſilio adhibito Prudentum, effectu quodammodo ſubſtituit, inſtituit enim filium, cum is erit annorum XIV. ſeu cum pubes fieret; cum enim annus dicitur, niſi aliud addatur, ſemper de completo intelligitur, *l. qua ætate ff. qui teſtamenta*. Quod ſi acciderer, ut filius in ætate pupillari exiſtens heres non eſſet, alium ſibi inſtituit heredem, dicendo, *Si filius in ætate pupillari heres non erit, Cajus heres eſto*. Quæ ſubſtitutio vulgaris eſt, cum facta ſit in caſum, quo heres non erit; dicitur tamen Africano facta in tabulis pupillaribus, quia mater filio impuberi ſubſtituit. Quæſitum eſt, an ſubſtitutio valeret? Ratio dubitandi fuit, quia non poſſumus ſubſtituere ei, quem non inſtituimus; filius vero in ætate pupillari a matre inſtitutus non fuit, utpote quem inſtituerat, cum eſſet annorum XIV. Reſpondit tamen Africanus, ſubſtitutionem valere, quia vere filius erat inſtitutus; ex legis enim diſpoſitione, ubi quis ex certo tempore inſtituitur, dies adjectus pro ſupervacuo habetur, & perinde eſt, at ſi pure heres inſtitutus eſſet, §. *heres Inſtitutionib. de heredib. inſtituendis*. Cujacius tamen ad *Afr. tract.* 2. ait, hereditatem non poſſe dari ex die, ita intelligi, ut non poſſit dari ex die nominatim, veluti poſt quinquennium, quam mortuus fuero ex Kalendis Januariis. Tacite enim diem recipere hereditas poteſt; quippe ſervus ex die liber eſſe juſſus, recte heres inſtituitur pure, *l. quoties* §. *ſi ſervus ff. de hered. inſtit.* Veluti Stichus ex Kalend. Jan. liber eſto. Idem Stichus heres eſto, ubi hereditas non eſt data ex die, ſed pure, eam tamen moratur dies. Et hic etiam tacite dies hereditati adjicitur, his verbis: *Cum erit annorum XIV.* Hoc enim non tempus ſolum, ſed & conditionem in ſe continet; nam non intereſt, utrum ſcribatur, *Si annorum XIV. factus fuerit*, an *Cum annorum XIV. factus erit*; nam priore ſcriptura per conditionem tempus demonſtratur, ſequente per tempus conditio, utrobique tamen eadem ſcriptio eſt, ut dicitur in *l. ſi Titio ff. quando dies legat.* Collata igitur inſtitutione in tempus pubertatis, hæc verba, *Si heres non erit*, ſic accipiuntur, ſi intra pubertatem deceſſerit. Idem ſenſiſſe videtur Viglius *tit. de pupill. in princ. num.* 6.

Dices, eo caſu, quo conditionalis ſubſtitutio fit, filius non eſt ſtatim heres, ſed inſtitutio ad adventum conditionis ſuſpenditur, itaut ea non adveniente, inſtitutio nunquam facta intelligatur, *l. cedere diem ff. de verb. ſignif.* Quod ergo in ſpecie noſtra operaretur, ne ſubſtitutio valeret, contra quam Africanus decidit; nam mater ſubſtituiſſet filio in eo caſu, quo conditio non exiſteret, hoc eſt, ſi moreretur ante XIV. annum: quod perinde eſt, ac dicere, cum inſtitutus non eſſet; at non inſtituto ſubſtitui non poteſt.

Reſpondendum eſt, ad ſubſtitutionem vulgarem recte faciendam; non neceſſario exigi, ut fiat heredi pure inſtituto, quod nullo jure probatur; ſed ſatis eſſe, ut fiat inſtituto. Imo ad ſubſtitutionem pupillarem nec etiam exigitur, ut fiat inſtituto, ut quæ filio exheredato recte fit, §. *non ſolum*, *de pupill. ſubſtitutione*. Aliter explicant Coraſius in *l. ſi teſtamento C. de impuberum*, Politus in *hoc tract.* Cæſar Goſta 3. *ambig.* 20. quos vide; qui tamen omnes in hoc conveniunt, ſubſtitutionem non fuiſſe pupillarem, ſed vulgarem.

Quod attinet ad textum in *l. Scævola ff. ad Trebell.* quo probare nituntur, ſubſtitutionem ab initio nullam verti in fideicommiſſum, varie reſponſum eſt. Species ita ſe habet: Pater filio impuberi in codicillis in caſum pupillarem ſubſtituit: quæ ſubſtitutio inutilis fuit, ſeu ab initio nulla, quia codicillis hereditas neque dari, neque adimi poteſt; tamen Scævola ex benigna interpretatione reſpondit, ſubſtitutionem verti in fideicommiſſum filio impubere decedente, prorſus ut ſucceſſor filii ab inteſtato obligetur bona ipſius filii jure fideicommiſſi reſtituere ſubſtituto.

Vulgo DD. poſt Accurſium, & Bartolum, exiſtimantes dari in jure noſtro verba communia tam ſubſtitutionibus, quam fideicommiſſis, id factum docent, quia pater in codicillis verbis communibus uſus eſt, dicendo,

do, Filio meo in ætate pupillari decedenti ſubſtituo Titium; nam inter verba communia ipſum ſubſtituendi verbum reponunt. Quoniam ergo diſpoſitio non potuit jure ſubſtitutionis directæ valere, utpote facta in codicillis, ideo Scævola reſpondit valere ut fideicommiſſum, quod in codicillis recte fit.

Quæ interpretatio perabſurda eſt; primo quia nulla in jure dantur verba communia, cum omnia vel ſint directa, vel inflexa, & nihil eſt medium, *l. quoniam indignum* C. *de teſtamentis*. II. Quia etiamſi verba hæc communia darentur, tamen iis verbum ſubſtituendi accenſeri non poſſet, quod directum eſt, *l.* 4. *ff. de vulg.* Tandem, quia ſi *ſubſtituo* directum non eſſet verbum, ſed commune, nulla opus fuiſſet benigna interpretatione, ut in vim fideicommiſſi voluntas paterna ſubſtitueretur; nam verba communia, ſi darentur, æque & per ſe continere deberent non minus ſubſtitutionem directam, quam fideicommiſſariam; propterea ſicuti ſine benigna interpretatione interpretantur de directa ſubſtitutione, ita etiam ſine eadem interpretari poſſent de fideicommiſſo.

Alii ergo reſpondent, in textu *d. l. Scævola*, ſpecialem caſum contineri, qui extendi ad alios ſimiles caſus non poſſit, ut conſtat ex ea, quod Scævola expreſſe nititur benigna interpretatione; quæ in jure noſtro ſemper demonſtrat caſum ſpecialem contra juris rationem, DD. in §. *ſed cum aliquis*, *Inſtitutionib. de teſtamentis*, & in *l. filio præterito ff. de injuſto rupto*. Hæc vero ſingularitas in tribus conſiſtit, ut ſubſtitutio ſit pupillaris, ut filius moriatur impubes, ut fideicommiſſum ad omnia filii bona ſe extendat, ſicuti recte notat Viglius *Inſtitutionib. de vulg. in princ. num.* 4.

Ideo autem I. exigitur, ut ſubſtitutio ſit pupillaris, quia negligentia directo ſubſtituendi in codicillis, impuberi nequit imputari, qui ipſe ſibi proſpicere non poteſt; eſt enim tota patris: propterea ne culpa patris filius lædatur, ejus negligentia æquitatis remedio emendatur, & vertitur in fideicommiſſum.

II. Quia pupillaris ſubſtitutio ætatem impubertatis non excedit, inde fit, ut cum vertitur in fideicommiſſum, nequeat eandem ætatem excedere. Unde in *d. l. Scævola* expreſſe notatur, filium impuberem deceſſiſſe. Imo ſi pater expreſſe rogaſſet legitimos filii impuberis heredes, ut filii hereditatem alteri reſtituerent, id fideicommiſſum locum non habebit, niſi filius impubes deceſſerit, *l. ſi fundum per fideicom.*, alias *l. ſi Titio pecunia* §. *fin. ff. de legat.* 1.

III. Debet fideicommiſſum ad omnia pupilli bona ſe extendere, non ad ea ſolum bona, quæ a patre in filium pervenerunt. Nec enim verum eſt, quod Portius in *tit. de codicillis* putat, id introductum eſſe in favorem patris, quia per fideicommiſſum patri ſucceditur, *l. coheredes* §. *cum filiæ ff. de vulg.* ignoravit enim poſſe etiam per fideicommiſſum ſuccedi filio, ut in *d. l. ſi fundum* §. *fin.* quod eſt in ſpecie noſtra; ſicut enim pupillaris ſubſtitutio bona filii, & filii favorem reſpicit, ita quoque, cum vertitur in fideicommiſſum, bona filii, & filii favorem reſpicere debet. Præterea tunc per fideicommiſſum ſucceditur teſtatori, cum filius ipſe de reſtituendo rogatus eſt; at hic non ipſe pupillus, ſed legitimi ipſius heredes rogati cenſentur, ut ſubſtitutis fideicommiſſum reſtituant; quo caſu per fideicommiſſum filio ſucceditur, *d. l. ſi fundum* §. *fin.*

His ita reſolutis, facile apparet, quid in noſtra quæſtione reſpondendum ſit, ubi ſubſtitutio pupillaris vel facta eſt a patre filio puberi, vel a matre filio impuberi, nempe ſtandum regulæ, ut quæ ab initio nulla ſunt nullum quoque pariant effectum, cum non entis nullæ ſint qualitates, *l. ejus qui in provincia ff. ſi certum petatur*.

Quod manifeſtum fit ex Papiniano in *l. verbis civilibus ff. de vulg.* ubi verbis civilibus, ſive directis ſubſtitutio pupillaris ultra XIV. annum fruſtra fit; quocirca neque ut vulgaris, neque ut fideicommiſſum ſubſtineri poteſt; nam ſi ut quid ex iſtis valeret, male fruſtra fieri diceretur, imo ſatis utilis eſſet. Quocirca fit, ut ſubſtitutus, qui non admittitur ex ſubſtitutione, neque ut adjectus heres quandoque futurus ſit; hoc eſt, neque etiam erit coheres.

Neque putandum eſt cum Cujacio, ſubſtitutum non admitti, tanquam adjectum heredem, vivo pupillo, eo vero mortuo, admitti. Quod Cujacius elicit, ex illis, *quandoque non erit*; verba enim textus ſunt: *Sed qui non admittitur, ut ſubſtitutus, ut adjectus heres quandoque non erit*. Unde *Quandoque erit*, hoc eſt, mortuo pupillo.

Digitized by Google

Non enim vir doctus animadvertit, verba illa *Quandoque non* in jure noſtro accipi pro nunquam, ut aperte patet ex §. *mutui*, *Inſtitutionib. quibus modis re contrahitur obligatio*, ubi de mutuo hæc verba habentur: *Et quandoque nobis non eadem res, ſed aliæ ejuſdem naturæ, & qualitatis redduntur.* Sicut ergo ex hoc textu male quis colligeret, quandoque in mutuo reſtitui eaſdem res; ita in *d. l. verbis civilibus*, fruſtra colligit Cujac. ſubſtitutum quandoque ut adjectum heredem haberi. Etiam Philoſophi notant, verba, *Quandoque non*, in materia neceſſaria ſignificare, *nunquam*.

Utrum qui ſubſtitutus eſt vulgariter, & per fideicommiſſum, habeat electionem.

QUÆSTIO XII.

Ad L. Centurio 15.

COmmunis fere opinio eſt, contingente caſu vulgaris ſubſtitutionis, id eſt, non adita per inſtitutum hereditate, permittendum eſſe ſubſtituto, ut nihilominus cogat heredem adire, & hereditatem ex fideicommiſſo reſtituere, ſcilicet ſi nolit ſuccedere jure directo, & ex vulgari ſubſtitutione hereditatem obtinere. Ita Bart. in *l. Centurio n.* 38. *ff. de vulg.* poſt alios Mich. Craſſus in §. *ſubſtitutio qu.* 8. *num. ult.* qui id ipſum eſſe docent, ſi ſubſtitutum ſit vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum; ſemper enim quæſtio de duobus erit, ſcilicet de vulgari, & fideicommiſſo.

Probatur hæc ſententia ex pluribus: I. ex Paulo in *l. ſi quis ſervo ff. de manumiſſ. teſtam.* ubi quoties ſervo libertas in teſtamento duplici modo relicta eſt, & directo, & per fideicommiſſum, in poteſtate ſervi eſt, utrum velit, libertatem ex directo habere, & fieri libertum orcinum, an potius ex fideicommiſſo ad eam pervenire, & fieri libertum heredis. Sed quoniam dici poſſet, hoc introductum eſſe favore libertatis, cujus gratia multa ſpecialia in jure noſtro recepta ſunt; ideo

Probatur II. ex *l. recuſare* §. *Titius ff. ad Trebell.* cujus ſpecies eſt: Titius heres fuit inſtitutus, & idem Sempronius vulgariter ſubſtitutus; tum ipſe Titius ſi hereditatem adiiſſet, fuit rogatus, ut eandem hereditatem eidem Sempronio reſtitueret. Mortuo teſtatore, Titius noluit eſſe heres, ex quo factus eſt locus Sempronio vulgariter ſubſtituto. Quæſitum eſt tamen, utrum Sempronius iſte, ſi nolit ſuccedere, ut ſubſtitutus, poſſit Titium inſtitutum ex Trebelliano cogere ad adeundum, ut hereditatem ſibi ex fideicommiſſo reſtituat, veluti ſi ſubſtitutio ſit libertatibus, aut legatis onerata? Et reſpondit Ulpianus, Sempronium habere poteſtatem eligendi, adeoque poſſe heredem ad adeundum cogere. Imo addit Ulp. idipſum eſſe, ſi is, cui fideicommiſſaria hereditas relicta eſt, non ſit ſubſtitutus, ſed legitimus heres teſtatoris; nempe poſſe heredem inſtitutum ad adeundum cogere, ſi malit hereditatem habere ex teſtamento, quam ab inteſtato.

III. Ex Theodoſio in *l. fin. C. de jure codicill.* ubi ſi teſtator teſtamento clauſulam codicillarem addiderit, heres, utrum velit, eligendi habet poteſtatem, nimirum an velit bona teſtatoris ex teſtamento tanquam heres, an potius ab inteſtato, ut fideicommiſſarius; quamquam eidem denegetur poſſe utramque petitionem cumulare, & ſimul proponere, ſicut etiam denegatur variatio, ubi alterutrum ſemel eligit.

Hæc quidem apertiſſime ſuprapoſitam concluſionem probant; ſunt tamen nonnulla animadvertenda cum Fabro *dec.* 34. *err.* 1, nempe non poſſe hodie heredem inſtitutum cogi ad adeundum ex Trebelliano, ut dicitur in *d. l. recuſare* §. *Titius*; propterea quod Juſtinianus in *auth. de heredib. & falc.* videtur in hac parte Trebelliani, ſeu Pegaſiani diſpoſitione immutaſſe; nam in §. *ſi vero nullus*, herede non adeunte concedit fideicommiſſario poteſtatem adeundi per ſe hereditatem, abſque eo, quod accipiat e manu heredis.

Præterea, hodie nihil intereſſe, utrum fideicommiſſarius idemque ſubſtitutus hereditatem habeat ex lege Juſtiniani potius, quam ex vulgari ſubſtitutione; quippe ibidem Juſtinianus ſtatuit, fideicommiſſarium adeuntem per ſe teneri ea omnia præſtare, quæcunque teſtamento illo præſtari teſtator voluit. Non ita olim erat; nam ſi ſubſtitutio erat libertatibus, aut legatis onerata, intererat ſubſtitutum hereditatem habere potius ex fideicommiſſo, *d. l. recuſare* §. *Titius*;

Digitized by Google

tius : Imo multo durius eſt, ſi ex lege Juſtiniani ſuccedat, quam ſi ex vulgari ſubſtitutione ; quoniam ſuccedendo ex Juſtiniani lege (verba Fabri ſunt) *omnia omnino præſtare debet, quæcunque teſtamento cuilibet, & quolibet modo relicta fuerunt ; at ſi ex vulgari ſubſtitutione ſuccedet, ea tantum debet, quæ a ſe vel nominatim relicta, vel ex reſcripto Severi tacite repetita ſint, non etiam quæ ab inſtituto nominatim data fuiſſent, l. licet Imperator ff. de legat.*1.

Ex his omnibus Fabro videtur dicendum hodie amplius electionem non eſſe concedendam ſubſtituto, eidemque fideicommiſſario, cum ceſſet ratio illa Ulp. in *d.* §. *Titius*, de qua re vide latius apud ipſum.

De milite ſubſtituente filio ultra ætatem pupillarem.

QUÆSTIO XIII.

Ad textum in l. Centurio 15. ff. eod.

SPecies eſt : Miles filio impuberi ita directo ſubſtituit : Filio meo intra viceſimum quintum ætatis annum decedente, Cajus heres eſto. Et ſi quidem filius intra pubertatem obierit, nihil dubii eſt, Cajum ex pupillari ad omnia filii bona jure communi admitti. At ſi obeat poſt XIV. annum, quamvis in teſtamento pagani certum ſit, ſubſtitutionem poſt dictum annum omnino fruſtra fieri, *l. verbis civilibus ff. de vulgari*; ambiguum tamen eſt, quid dicendum ſit, quoties ſubſtitutio facta a milite eſt, ut in noſtra ſpecie.

Et ambiguitas oritur ex duabus ſibi invicem repugnantibus legibus ; nam in *l. centurio ff. cit. tit.* dicitur, *poſt eam ætatem XIV. anni, ſubſtitutum ex privilegio militum, patris dumtaxat bona capere cum fructibus inventis in hereditate*. Prorſus ut Papinianus velit, ſubſtitutionem prædictam duplicem eſſe, pupillarem, filio impubere, & quodammodo vulgarem, filio pubere decedente: illo caſu ſubſtitutus ſuccedat filio, iſto autem patri. Cui diſpoſitioni repugnat Diocletianus in *l. precibus C. de impuberum* ; nam quamvis concedat, filio poſt pubertatem decedente, ſubſtitutum admitti ad bona tantum patris ; vult tamen ea capere *veluti ex cauſa fideicommiſſi*, quare legitimi filii heres cenſentur rogati, ut hereditatem teſtatoris, detracta Trebellianica, reſtituant ſubſtituto.

Quæ antinomia adeo fortis viſa eſt Antonio Fabro 15. *conject.* 12. & *ſeq.* ut in eam prolapſus ſit ſententiam, ut crederet, verba illa textus in *d. l. precibus*, *veluti ex cauſa fideicommiſſi*, debere expungi, tanquam a legulejo aliquo olim illi legi Diocletianeæ addita, contra omnem juris rationem ; ut qui neſciret ex privilegio militari ſubſtitutionem ſemper manere directam primo ut pupillarem, ſecundo ex quadam ſimilitudine ut vulgarem, ut in *d. l. centurio*.

E contrario Cujac. 12. *obſ.* 17. opinatur, textum Papiniani in *d. l. centurio* capiendum eſſe non de vulgari ſubſtitutione, ſed de fideicommiſſo, quod etiam Pileus docuit; nam cum ibi nihil expreſſe dicatur, quo jure ſubſtitutus poſt pubertatem filii ſuccedat, videtur dicendum ſuccedere, non uti ſubſtitutum vulgarem, ſed ut fideicommiſſarium ex *d. l. precibus*, quæ propterea mutilatione non indiget. Cujac. ſequitur Fach. 4. *contr.* 44. Cui tamen opinioni illud obſtat, quod in *d. l. centurio*, militis diſpoſitio fuit directa, ideſt, *Cajus heres eſto*, & quidem directa non ſolum in primo caſu, ſed etiam in ſecundo ; & regula juris eſt, ut militis voluntas ſervetur, cum de ea conſtat, *l. ejus militis ff. de milit. teſtam. cum concordantib.* & nos ſupra diximus.

Omiſſis itaque Accurſii, Coraſii, aliorumque opinionibus, probabilis videtur reſolutio Chriſtophori Caſtellionei, antiquiſſimi Juriſconſulti, quem ſequuntur Fulgoſius, Jaſ. & Curtius in *dd. ll. Viglius in tit. de pupillari* §. *qua ratione*, *num.* 13. Emanuel Suarez 1. *obſ.* 1. aliique, dum volunt verba illa *d. l. precibus*, *veluti ex cauſa fideicommiſſi*; non denotare veritatem, ut vulgo credunt, ſed tantummodo ſimilitudinem, ſecundum propriam verborum ſignificationem, DD. *l.* 1. *ff. de legat.* 2. & in *l. ex caſtrenſi ff. de peculio*. Quod roboratur ex eo, quia cum in jure noſtro de vero fideicommiſſo mentio eſt, ſimpliciter dicitur, *ex cauſa fideicommiſſi*, omiſſa particula, *veluti*, *l. cogi* §. *ult. l. Scævola ff. ad Trebell.*

Similitudo autem inter reſtitutionem iſtam bonorum directam, & fideicommiſſum, conſiſtit in pluribus. I. Quia ſicuti fideicommiſſarius non ſuccedit heredi gravato, ſed teſta-

Digitized by Google

ſtatori, qui fideicommiſſum fecit; ita ſubſtitutus in noſtra ſpecie non ſuccedit filio, ſed patri ipſius militi.

II. Quia ſicuti fideicommiſſum ex jure Digeſtorum nequit fideicommiſſarius obtinere, niſi herede adeunte; ita in caſu noſtro ſubſtitutus militis bona non habebit, niſi filio adeunte.

III. Quia ut fideicommiſſarius, ita ſubſtitutus impetrare debet ſeparationem bonorum teſtatoris, & heredis. Ex quibus apparet, hanc Caſtellionei explicationem recte procedere, quamvis Fabro ex ſtudio contradicendi, diſpliceat.

Ceterum cum Papinianus ait, filio moriente pubere, capi a ſubſtituto bona patris cum fructibus inventis in hereditate, quæritur quinam iſti fructus ſint. Et fere receptum eſt, eos eſſe, qui extant ex bonis patris eo tempore, quo filius moritur, cum alii ad filium pertineant jure dominii, argumento ex *l. item veniunt* §. *item non ſolum*, & *l. ult. ff. de petitione heredit.* in quibus regula ſtatuitur, fructus omnes augere hereditatem, ſive ante aditam hereditatem, ſive poſt acceſſerint. Ita Soccin. hic, Alexander, Turaminus, aliique.

An nudum ſui heredis nomen confirmet tabulas pupillares.

QUÆSTIO XIV.

Ad L. ſi filius 12. ff. de vulg.

SPecies eſt. Titius inſtitutus heres a patre, ſub cujus poteſtate erat, uſus beneficio Prætoris, ab hereditate ſe abſtinuit, & in ætate pupillare deceſſit. Erat ei in eodem paterno teſtamento datus ſubſtitutus pupillaris. Quæſtio eſt, utrum hic ex ea ſubſtitutione filio decedente ſuccedat, an potius filio abſtinente, totum teſtamentum redditum ſit caducum? Diu multumque de hac re inter veteres, novoſque Juriſconſultos certatum eſt.

Et quidem Antonius Faber varius fuit; nam 2. *conject.* 2. tabulas pupillares confirmari negavit: in qua ſententia non manſit, nam *decade* 32. *err.* 1. recantare non dubitavit, voluitque ſine ſui heredis immiſtione tabulas pupillares valere. Idipſum docuit Schifordegherus *lib.* 2. *tract.* 2. Donellus 6. *comm.* 25. Hotom. 9. *obſ.* 10. Cujac. *lib.* 3. *qq. Pap.* in *l. ſi filius* 12. *ff. de vulg.* Santolaria *interpr.* 10. poſt Bart. in *l.* 2. *ff. cit. tit.* Quæ ſententia vera eſt, quamquam non omnia, quæ pro ea adducuntur, æqualis momenti ſint.

Nam illud argumentum probare non poſſumus, quod deſumunt ex *l. ſi filius* 12. *ff. de vulg.* ubi hæc habentur: *Si filius, qui patri, ac poſtea fratri ex ſecundis tabulis heres extitit, hereditatem patris recuſet, fraternam autem retinere malit, audiri debet.* Loquitur Papinianus de filio ſuo herede, qui uſus beneficio *recuſet* hereditatem patris, poſtquam eidem heres de jure civili *extitit;* filius enim in poteſtate ſtatim a morte patris, etiam inſcius, vel invitus, ſuus & neceſſarius heres eſt patri, *l. in ſuis ff. de ſuis & legit. her.* Et tamen Juriſconſultus *ſecundis tabulis* robur ſuum tribuit. Cur ita? Nempe, ajunt, quia nudum ſui heredis nomen confirmat tabulas pupillares. Ita Faber *loc. cit.* Schifordegherus *quæſt.* 3. aliique.

Has tamen doctorum virorum nugas ſatis mirari non poſſumus. Quæſtio enim, utrum tabulæ pupillares remaneant firmæ, eſt ubi patri nullus heres ex teſtamento extitit; ſcilicet ſi ſolus impubes ſcriptus heres eſt, & is abſtinet: vel eo exheredato, alter filius inſtituitur, qui ſe abſtinet. Quod ſi impubes coheredem habeat; ipſe abſtinet, alter vel repudiat, vel abſtinet. Non eſt hæc ſpecies Papiniani, ubi pater duos ſibi ſcripſit heredes filios, Primum, Secundum. Primus ſuſpectam dicens ob æs alienum patris hereditatem, eandem recuſavit. Non ita Secundus, qui jure accreſcendi in totum aſſem patri heres fuit, ut patet ex eo, quod Juriſconſultus ſubdit, facto caſu ſubſtitutionis pupillaris, Primum quæſiiſſe ſeparationem bonorum Secundi, cui erat ſubſtitutus, a bonis paternis, in quæ Secundus ſucceſſerat. Ait enim: *Juſtius enim Prætorem facturum exiſtimo, ſi fratri ſeparationem bonorum patris conceſſerit.* Habuit ergo pater filium Secundum heredem; quare tabulæ pupillares firmæ fuerunt, non quia nudo nomine ſui heredis confirmatæ, ut comminiſcuntur: ſed omnino, quia filius pupillus heres extitit, licet frater recuſaverit. Hoc igitur argumento omiſſo.

Fir-

Firmum argumentum extat apud Julianum in *l. filius* 41. *ff. de acq. hered.* Ejus hæc verba: *Filius, qui ſe paterna hereditate abſtinuit, ſi exheredati fratris hereditati ſe immiſcuerit, & pro herede geſſerit: poterit ex ſubſtitutione hereditatem obtinere*. Species eſt: Quidam duos filios in poteſtate habens, unum ſibi ſcripſit heredem, alterum exheredem eſſe voluit, cui in ætate pupillari decedenti ſubſtituit eundem fratrem, quem ſibi heredem ſcripſerat. Quod licite fit, §. *non ſolum, Inſtitutionib. de pup. ſubſt.* Patre mortuo, filius ſcriptus heres ex beneficio Prætoris *abſtinuit*; nam *abſtinere* dicitur filius in poteſtate, ſcriptus heres, ubi paternam hereditatem recuſat. Hinc ab inteſtato patri ſucceſſit filius, qui exheres ſcriptus fuerat; & mox obiit, antequam in ſuam tutelam veniret. Quæſitum eſt, an tabulæ pupillares robur habeant? Julianus ait, fratrem ſuperſtitem ex ſubſtitutione admitti, non modo ad una fratris pupilli bona, ſed etiam ad hereditatem, quæ ei ex patre ab inteſtato obvenerat, licet jam ab ea abſtinuiſſet. Hic ſolus filius eſt heres inſtitutus: is idem abſtinet: corruit propterea inſtitutio: & patri filius alter exheredatus ab inteſtato ſuccedit. Eo non obſtante, ſecundæ tabulæ valent, confimatæ a nudo ſui heredis nomine.

Eadem ſententia probatur ex *l. ſi filius* 42. alias *Julianus ff. cit. tit.* ubi filius pupillus ſolus fuit heres inſtitutus, iſque idem abſtinuit. Hoc tamen non impedit, quominus eo in pupillari ætate decedente poſſit extraneus ex ſecundis tabulis ejus hereditatem conſequi.

Denique hæc omnia confirmantur ex Jaboleno in *l. paterfamilias* 12. *ff. de privilegiis credit.* alias 28. *ff. de reb. auctorit. judic. poſſ.* in cujus ſpecie cum filius impubes ex toto aſſe inſtitutus eſſet, ac patris hereditate ſe abſtinuiſſet; nihilo minus ſubſtitutus pupillaris admittitur. Hanc Jaboleni ſententiam latius perſequitur Fab. *dec.* 31. *err.* 8. juncta *dec.* 32. *err.* 1.

Nec ſane alio ducit aperta iuris ratio. Nam tametſi ſuus heres beneficio Prætoris abſtineat, tamen de jure civili non eſt ſine herede, qui ſuum heredem habet, *l. cum quaſi* 30. §. *ſed etſi ſuus ff. de fideicommiſſ. libert.* Abſtenſionis enim beneficium eſt ex Prætoris juriſdictione, *l. neceſſariis* 57. *ff. de acq. heredit.* Jam Prætor heredis nomen adimere non poteſt, ſicuti nec dare, §. *quos autem, Inſtitutionib. de bonorum poſſeſſionibus*.

In contrarium tamen nituntur Viglius in §. 1. *Inſtitution. de vulg.* Alciatus in *d. l. ſi filius* 12. *num.* 11. Goveanus ad *l.* 2. *ff. de vulg. num.* 28. qui & ipſi & rationum momentis, & legum auctoritate pugnant; ſi enim exiſtentia ſui heredis confirmat tabulas pupillares, quia adhuc heres eſt, cur vel juri accreſcendi, vel vulgari ſubſtituto locus fit? Cur legata in ſecundis tabulis relicta tuitione dumtaxat Prætoris valent? ut in *d. l. ſi filius*.

His rationibus adverſarios Goveanus premit; a quibus haud ſcio, an ullus hactenus ſe extricare potuit. Mihi tamen plana deliberatio videtur, & facilis. Dicimus, Prætorem naturali æquitate motum, conceſſiſſe jus abſtinendi pupillo, ut ipſi faveret, ne dum patris hereditatem habet ſuſpectam, invitus ære alieno patris prægravaretur, *d. l. ſi filius* 12. Filio ergo abſtinente, Prætor eum heredis loco non habet, *l. ſi filius* 12. *ff. de interrog. act.* Proinde vel vulgari ſubſtituto locum facit, vel ſuam partem coheredi jure accreſcendi defert. Si ita eſt, cur tabulas pupillares ſuſtinet? Cauſam ejus rei dicam. Tabulæ pupillares nunquam in odium pupilli tendunt, ut tendit interdum inſtitutio, cum ſcilicet paterna hereditas ſuſpecta eſt. Eſt enim pupillaris ſubſtitutio moribus introducta in ipſius pupilli merum favorem, ut teſtatus decedat, §. *nam moribus, Inſtitutionib. de pupill.* Et quod in alicujus favorem introductum eſt, non debet in ejus odium retorqueri, *l.* 3. §. *cauſæ ff. de Carb. edicto*. Hæc ergo eſt ratio, cur Prætor, qui inſtitutionem infirmat, ratas deinde tabulas pupillares habeat. Hinc etiam intelligimus, quo ſenſu intelligi debeat, legata in ſecundis tabulis relicta Prætorem tueri; nam & Prætor eſt, qui tabulas ipſas tuetur. His recte perpenſis; in promtu ſit reliquis etiam rationibus facere ſatis, quas Goveanus, & Faber in conjecturis cumulant.

Sed videamus, an legum auctoritates, quas ſecum facere putant, evincant.

Aſſerunt I. locum Ulpiani in *l. ſed ſi plures* 10. §. *ſi ex aſſe ff. de vulg.* ubi legitur: *Nec enim valet filii teſtamentum, niſi patris adita fuerit hereditas: nec ſufficit ad ſecundarum tabularum vim, ſic factum eſſe teſtamentum*

tum, ut ex eo adiri hereditas poſſit. His accedit, quod Alphenus dixit *l. 2. §. quiſquis ff. tit. cit. Niſi adita patris hereditas ſit, pupillare teſtamentum evaneſcit*.

Nihil eſt, quod minus urgeat; his enim Juriſconſultis ſermo eſt, quando filius in poteſtate eſt exheredatus, & pro eo extraneus eſt inſtitutus heres. Ecce Ulpiani verba: *Si ex aſſe heres inſtitutus, filio exheredato ſubſtitutus, repudiaverit patris hereditatem, cum non haberet ſubſtitutum, non poterit filii hereditatem adire*. His ſubnectit eam rationem: *Nec enim valet, &c.* Palam eſt, heredem inſtitutum fuiſſe extraneum, nam de herede repudiante, & adeunte Juriſconſulti loquuntur: quæ verba in heredem ſuum non cadunt. Quid ergo mirum, ſi filio exheredato, & herede extraneo, qui ex aſſe fuerat inſtitutus, repudiante, totum teſtamentum corruit, & caducum fit? tunc enim, filio exheredato, ſubſtinentur tabulæ pupillares, ubi heres ex aſſe inſtitutus, ſuus heres eſt; eo enim ſe abſtinente, nudum ſui heredis nomen tabulas pupillares confirmat, *d. l. filius* 41.

Urgent II. auctoritatem *l. apud Julianum* 11. §. 1. *ff. ad Senatuſconſultum Trebell.* ubi Ulpianus ex Juliani ſententia ſcribit, filium poſſe cogi adire patris hereditatem ab eo, cui fideicommiſſum in ſecundis tabulis relictum eſt, ut ea ratione confirmatis tabulis pupillaribus, peti a ſubſtitutis fideicommiſſum poſſit.

Varie ſe torquent DD. ut ab hac difficultate ſe expediant. Cujacius 26. *obſ.* 1. ad emendationem, tanquam ad ſacram anchoram, confugit, & ubi legitur, *Cum filio ejus impubere*, addit, *exheredato*, Nempe, ait, ſi filius inſtitutus heres ſit, *αὐτόματος* filii ſui heredis tabulas confirmat ſatis. Idipſum, ſuppreſſo Cujacii nomine, auguratus eſt Faber *dec.* 31. *err.* 8. circa finem. Alio & alio ſe vertunt Schiford. *q.* 10. Valentia ad *tit. de acq. hered. cap.* 7. *num.* 21. Contius in *l. virum*, *num.* 98. *C. de fideic.* Placet omnino, quod habet Santolaria *d. interp.* 10. *num.* 16. qui monet hic a Juliano non agi ſimpliciter de ſecundis tabulis, & de legatis in eis relictis; quæ omnia a nudo jure civili dependent, ex quo exiſtentia ſola ſui heredis ſatis eſt, ut tabulæ pupillares confirmentur. Sed agi præterea de fideicommiſſo in his ipſis tabulis relicto. Hoc in cauſa eſt, ut nudum ſui heredis nomen non ſufficiat, ſed omnino aditio requiratur. Nam Prætor eſt, qui fideicommiſſum reſtitui cogit, & Prætor filium pro herede non habet, niſi ſe immiſceat, *l.* 1. §. *qui ſunt ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti*. Itaque ex Prætore immiſtione filii opus eſt, ut teſtamentum valeat, ut tabulæ pupillares confirmentur, ut in ſubſequentibus patebit latius.

De cogendo herede ut adeat, ubi tabulæ pupillares adſunt, & ſimul fideicommiſſum factum eſt.

QUÆSTIO XV.

Ad Alphenum in l. moribus 2. §. interdum ff. eod.

UT res hæc ſatis involuta poſſit evolvi, plures caſus diſtinguendos putamus, qui licet ſimiles videantur, longe tamen inter ſe diſtant. Et quidem primus ita ſe habet: Pater condito teſtamento, Primum ſibi ſcripſit heredem, filio impubere exheredato, cui tamen pupillariter ſubſtituit eundem Primum, quem rogavit, ut filii hereditatem reſtitueret Secundo. Accidit, ut Primus ſuſpectam dicat hereditatem patris, eamque adire recuſet; ex quo totum teſtamentum una cum pupillari ſubſtitutione, & fideicommiſſo corruit; nam non adita patris hereditate, pupilli teſtamentum evaneſcit, ut hic §. *quiſquis autem*.

Quæritur ergo, an Secundus, qui eſt fideicommiſſarius poſſit Prætorem adire, eumque rogare, ut Primus inſtitutus, idemque ſubſtitutus adeat, ad hoc, ut confirmatis tabulis pupillaribus fideicommiſſum conſiſtat? Et quidem quæſtio eſt, ſi jam pupillus deceſſit; nam ſi adhuc vivat, improbe facit, qui de viventis hereditate ſollicitus eſt, ut in noſtro §. *interdum*, *l. ita tamen* §. *a patre ff. ad Trebell.* Unde Philippus Junior Macedonum Rex ita queritur cum filiis apud Livium *lib.* 40. *Vivo & ſpirante me hereditatem meam ambo & ſpe & cupiditate improba creviſtis*. Et reſpondendum eſt, Primum poſſe cogi adire.

Hoc ſane eſt, quod hic habet Alphenus, cujus verba ſunt: *Interdum etiam pupillaris te-*

Digitized by Google

teſtamenti cauſa compellendum heredem inſtitutum adire hereditatem, ut ex ſecundis tabulis fideicommiſſum convaleſcat, ut puta ſi jam pupillus deceſſit. Ratio dubitandi fuit, quia fideicommiſſum ex filii exheredati bonis relictum nullius eſt momenti. Quod habetur ex Papiniano in *l. coheredi* 41. §. *quod ſi ff. eod.* ubi ſi pater filium exheredaverit; & ei nihil reliquerit, nullum fideicommiſſum erit. Filio ergo exheredato pupillariter ſubſtitui poteſt, quia ſubſtitutio favor & honor eſt: fideicommiſſum onus eſt, & onerare non poſſum, quem non honoro. Hæc tamen ratio ceſſat in ſpecie noſtra, ubi ſubſtitutus impuberis, eſt etiam heres inſtitutus patris; propterea recte ab eo ſubſtituto fideicommiſſum relinquitur, ut monuit Goveanus hic *num.* 2.

Hujus quoque fideicommiſſi cauſa cogetur adire a Prætore, qui fideicommiſſa tuetur, non vero cauſa ſubſtitutionis pupillaris; ſubſtitutiones enim, prout a jure civili admiſſæ, ad Prætoris curam non pertinent. Et verum eſt, modo fideicommiſſum univerſale ſit; nam propter ſingularia fideicommiſſa non cogit Prætor adire, *l. cogi ff. ad Treb. l. ſi quis omiſſa ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti*.

Ceterum hic obiter meminiſſe oportet, ut filii in officio contineantur, duo patri a legibus permiſſa eſſe, unum dum vivus ipſe eſt, alterum cum moritur. Licitum eſt enim patri vivo abdicare filium, quem veſtibus ſpoliatum e domo ejicit, qui a quoquam recipi non poteſt ſub pœna læſæ Reipublicæ; etſi ab eodem patre, gratia inita, recipi iterum poſſit. Cauſæ abdicandi ſunt, ſi filius noctu foris cubuit, ſi cominatur, ſi libidini incumbit, & ſimiles. Hæc tamen abdicatio hodie ſublata eſt, *l. abdicatio C. de patria poteſtate*, ubi Gothofred. Alciat. 2. *diſpunct.* 28. Eſt quoque licitum patri, cum moritur, filium in teſtamento exheredem ſcribere. Et hæc exheredandi poteſtas olim ampla erat; nam pater novercæ blanditiis delinitus filium poterat exheredare, licet filio ſuccurreretur querela teſtamenti inofficioſi, *l.* 4. *ff. de inoff. teſtam.* Hodie exheredatio, niſi ex vitio ingrati, licita non eſt; quare cum in filium impuberem id vitium non cadat, ejus exheredatio hodie non valet, ſaltem quia per heredem ſcriptum cauſa ingrati vera probari non poteſt, §. *aliud quoque*, *auth. ut cum, de appellat.* Hæc notata volui, ut intelligamus, hujus noſtri §. caſum hodie conſiſtere non poſſe.

Secundus caſus eſt, ubi filius eſt inſtitutus heres. Et hic iterum dividitur in duos; nam vel fideicommiſſum in ſumma cera relictum eſt, vel in ima.

Primo itaque dicamus, ubi fideicommiſſum in ſumma cera relictum proponitur. Finge, Pater inſtitutum filium pupillum rogavit hereditatem reſtituere: tum in ima cera ex pupillari eidem ſubſtituit. Quo caſu, ſi filius abſtinet ſe, corruit inſtitutio, & cum ea fideicommiſſum in ſumma cera relictum. Ne id accidat, ſuccurrit fideicommiſſario Senatusconſultum Trebellianum, ut filius a Prætore compellatur miſcere ſe hereditati, ſic deinde reſtituere, Ulpianus in *l. recuſare* 6. §. 1. *ff. ad Trebell.* Ex quo etiam pupillares tabulæ ſuſcitantur; nempe, quia pars ſunt prioris teſtamenti; quæ ſententia contra Scævolam obtinuit, teſte Paulo in *l. qui plures* 38. §. 1. *ff. de vulg. & pupill.*

Ratio hujus coactionis eſt; quia fideicommiſſorum reſtitutiones, quæ miſti imperii ſunt, & ut introductæ ex bono & æquo, jubebantur a Prætoribus iis, qui ſpecialiter dicti ſunt *Prætores fideicommiſſarii*, quos duo D. Claudius conſtituit, unum Titus detraxit, *l.* 2. §. *deinde Cornelius ff. de orig. jur.* Coram his fideicommiſſarius cogebat heredem adire, & reſtituere, *l.* 4. *l.* 13. & paſſim in *tit. ff. ad Trebell.* Jam ubi filius inſtitutus heres, beneficio Prætoris ſe abſtinet, licet adhuc de jure civili heres ſit, a Prætore tamen amplius pro herede non habetur, *l.* 1. §. *qui ſunt ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti*. Quod mirum non debet videri iis, qui diverſas vias, per quas Prætor, & jus civile procedunt, non ignorat. Ecce, qui de non petenda pecunia cum creditore ſuo paciſcitur, eam adhuc de jure civili debet: at de jure Prætorio jam liberatus eſt, *l.* 3. §. 1. *ff. de conſtit. pecun. l. creditori C. de pactis*; Prætor enim in edicto propoſuit, *Pacta conventa ſervabo*, *l. juriſg.* §. *Prætor ff. de pact.* Teſtamentum, ubi filius in poteſtate eſt præteritus, de jure civili nullum omnino eſt: Prætor tamen ut validum habet, & contra illud bonorum poſſeſſionem. Contra tabulas impertitur, *l. maximum vitium C. de lib. præter.* Nempe, quia de jure Prætorio teſtamentum validum eſt, ſi obſignatum ſit, Ulpianus in *fragm. tit. de poſſeſſionibus dandis*

§. *etiamſi*. *Etiamſi*, inquit, *jure civili non valeat teſtamentum*, *forte quod familiæ mancipatio*, *vel nuncupatio defuit*, *ſi ſignatum teſtamentum ſit*, *non minus quam ſeptem teſtium Civium Romanorum ſignis bonorum poſſeſſio datur*. Nam præter eam ſolemnitatem, nullam aliam Prætor exegit, §. *ſed prædicto*, *Inſtitutionib. de teſtamentis*, *l.* 2. §. *exegit ff. cit. tit.* Videndus Ulpian. in *l. filius præteritus* 12. *ff. de injuſto rupto*, & in *l. patris* 20. *ff. hoc tit.* Modeſtinus in *l. ſi filiusfamilias* 19. *ff. de teſtamentis*.

Itaque, ut ad lineam redeamus, quia univerſalis fideicommiſſi reſtitutio injuncta eſt heredi, & ab herede ex Senatuſconſulto Trebelliano facienda eſt: & quia Prætor filium, qui ſe abſtinet, pro herede non habet; ideo eum ſe immiſcere cogit, ut ita heres & jure Prætorio factus, reſtituat, *d. l. recuſare* §. 1. Sic multa ex ſuis Edictis Prætor juri civili immiſcebat. Exemplum ex hoc ipſo Senatuſconſulto proferam: quod de iis actionibus transferendis loquutum eſt, quæ jure civili heredi, & in heredem competunt; tamen dum Prætor fideicommiſſum reſtitui jubet, etiam actiones honorarias, quas ipſe in Edictis propoſuit, juri civili incognitas, tranſire voluit: imo naturales quoque obligationes, quas æquitate motus tuetur, *l. quamvis* 40. *ff. ad Trebell.*

Interim non latet, Prætoris cognitionem eſſe ſolum, ubi de minoris ſummæ fideicommiſſis agitur: majorum vero cognitionem ſibi vindicaſſe Conſules, ut monet Cujacius 21. *obſerv.* 34. ex Quintil. *Inſtit. 6. Non debes*, inquit, *apud Prætorem petere fideicommiſſum*, *ſed apud Conſules*; *major enim prætoria juriſdictione ſumma eſt*. Et huc referenda ſunt verba *l. cum quidam* §. 1. *ff. de juriſdictione*. *Quoties de quantitate ad juriſdictionem pertinente quæritur*, *ſemper quantum petatur quærendum eſt*, *non quantum debeatur*. Quæ deſumta ſunt ex Ulpian. *lib.* 6. *fideicommiſſorum*. Hinc intelligimus, quod nemo notavit, cur idem Ulp. in *l. ille a quo* 13. §. *penult. ff. ad Trebell.* quæſierit, an Conſul inſtitutus heres, ſi ſuſpectam hereditatem dicat, cogi per Conſulem poſſit adire, & reſtituere, & an Prætor per Prætorem? Statuit Principale auxilium implorandum eſſe. In Provinciis fideicommiſſum præſtatur per juriſdictionem (non quidem ſimplicem, ſed miſtam) Præſidis, *l. ſi res obligata ff. de legat.* 1.

Hæc ipſa locum habent, ubi fideicommiſſum in ima cera relictum eſt: puta ſi ſubſtitutus filio pupillo, fideicommiſſum reſtituere rogatus eſt. Egit de hac re Ulpianus in *l. apud Julianum* 11. §. 1. *ff. ad Trebell.* Proponit duos heredes ſimul cum filio impubere inſtitutos, eoſdemque ſubſtitutos filio, & fideicommiſſo gravatos. Dubitat, an fideicommiſſario liceat inſtitutos ad adeundum cogere? Et reſpondet, *ſufficere ei*, *qui fideicommiſſum in ſecundis tabulis accepit*, *unum ex heredibus inſtitutis cogere adire patris hereditatem*. Et rationem in hæc verba reddit: *Hoc enim facto*, *confirmatiſque primis tabulis*, *poterunt ex ſubſtitutione ambo cogi adire*, & *reſtituere hereditatem*. Ubi vides diſcrimen inter jus civile, & prætorium. Ex illo nudum ſui heredis nomen confirmat tabulas pupillares: ex iſto id ſatis non eſt, ubi ſcilicet in ſecundis tabulis fideicommiſſum relictum eſt, quod ex Prætoris juriſdictione reſtituendum ſit. Nam filius ex Prætore heres non eſt, ubi abſtinet; de jure tamen civili adhuc heres eſt, ut jam diximus. Et hæc eſt vera hujus legis interpretatio, quæ ab omnibus deſperata dicitur, Schif. *lib.* 2. *tract.* 2. *qu.* 7.

Hæc tamen omnia Julianus ipſe, ſibi parum conſtans, ſubvertere videtur in *l. ita tamen* 27. §. *ſi pater ff. ad Trebell.* ubi: *Si pater filium*, *quem in poteſtate habebat*, *heredem ſcripſerit*, & *ab eo petierit*, *ut hereditatem Sempronio reſtitueret*, *iſque ſuſpectam ſibi eſſe dicat*, *poterit ex Trebelliano Senatuſconſulto hereditas reſtitui*. *Quare etſi non immiſcuerit ſe hereditati*, *nihilo minus actiones*, *quæ ei*, & *in eum competebant*, *ad Sempronium transferentur*. Ut ab hac difficultate ſe expediat Schif. *q.* 9. diſcrimen ſtatuit inter ſpontaneam fideicommiſſi reſtitutionem, & coactam: illam ait fieri poſſe a filio ſuo herede, etſi ſe non immiſcuerit, cum fiat ex jure civili, quod fideicommiſſa rata eſſe jubet: hanc, niſi prædeceſſerit immiſtio, fieri non poſſe; quia cum Prætor ad eam, ſuam interponat auctoritatem, opus eſt, ut filius coactus adeat, ut ſit heres, & fideicommiſſum confirmetur. Sequutus eſt Santolaria *num.* 18.

Quæ ſolutio videtur infirmari ex eo, quia filio

filio ſe abſtinente, legata corruunt, *l. virilis portio* 8. §. *ſi adierit ff. de legatis præſtandis.* Cur ergo fideicommiſſum non corruit, & filius ſciens volens, non expectato Prætoris juſſu, illud recte reſtituit? Reſponderi tamen poteſt, diſcrimen verſari inter legata, & fideicommiſſa; nempe filio abſtinente, legata omnino corruere, nec a filio etiam volente reſtitui poſſe, quia legata Prætor non tuetur, niſi quis in fraudem hereditati renunciet, ut ab inteſtato heres ſit, *l.* 1. *ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti &c.* ſecus vero eſſe in fideicommiſſis, quæ filio abſtinenti permittitur reſtituere, ſi velit; nam ſi nolit, cogetur a Prætore adire, & reſtituere. Itaque legitimus teſtatoris heres, qui filio remoto ſuccedit, vel ſubſtitutus vulgariter filio, queri non poteſt de fideicommiſſo ſponte reſtituto a filio, cum a Prætore ad reſtituendum filius cogi potuiſſet: at juſte queretur de ſolutis ſponte legatis, ad quæ præſtanda filius per Prætorem cogi non poterat.

Subſtitutus, qui ex pupillari ſuccedit, an teneatur reſpondere creditoribus.

QUÆSTIO XVI.

Ad L. ſi filius 12. ff. de vulg.

INſtituta hæc pugna eſt primum inter Marcellum, & Julianum: tum graviſſime exarſit inter Juriſconſultos, qui ſequuti ſunt, aliis pro Marcello ſtantibus, aliis pro Juliano. Sed nunquam fortius vexata, quam hiſce noſtris temporibus. Nos de aliorum opinionibus parum ſolliciti, eam ſedare, & componere conabimur, diſtinguendo caſus, qui jure merito debent diſtingui.

Species ita ex Juliano proponenda eſt: Pater, qui duos habebat filios, Primum, & Secundum, vel Primum ex aſſe inſtituit, exheredato Secundo, vel utrumque ſibi ſcripſit heredem. Primus ſuſpectam dicit hereditatem patris, & recuſat: ut ita hereditas ex integro delata ſit Secundo, vel jure accreſcendi, ex teſtamento ſi fuit pro parte inſtitutus: vel ab inteſtato, ſi fuit exheredatus. Tum in ætate pupillari decedit, & ei ex ſubſtitutione quam pater fecerat, ſuccedit frater, ideſt Primus. Quæritur, an is creditoribus paternis reſpondere teneatur? Hanc eſſe ſpeciem Juliani, patet ex Ulpiano in *l. quæſitum* 40. *ff. de acq. hered.*

Julianus ſcripſit: *Incidere eum in Edictum, ſi ſe immiſcuerit impuberis hereditati. Nam qui judicium parentis oppugnaverit, non debet ex eadem hereditate quidquam conſequi.* Intelligi Edictum Prætoris, *Si quis omiſſa cauſa teſtamenti, ab inteſtato, vel alio modo poſſideat hereditatem*; quod etſi loquatur de eo, qui omittit cauſam teſtamenti, ad hoc ut eos circumveniat, quibus quid ex judicio defuncti relictum videri potuit, tamen Juriſconſulti ex mente Prætoris, illud etiam in eum caſum traxerunt, cum quis inſtitutionem omittit, ut creditoribus defunctis fraudem faciat, ut hic, & in *d. l. ſi pupillus* 42. *ff. de acq. hered.* Ceterum ille non dicitur omittere cauſam teſtamenti in fraudem, qui quaſi ex voluntate teſtatoris videtur omiſiſſe, *l. quia autem 6. in princ. ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti.* Exemplum eſto ex *l.* 1. §. *ſi proponatur ff. cit. tit.* ubi qui fuit inſtitutus, & ſi heres non erit, ipſe idem ſibi ſubſtitutus, prætermiſit inſtitutionem, & adiit ex ſubſtitutione. Dicitur non incidere in Edictum, *quaſi teſtator hanc ei dederit facultatem, qui eum ſubſtituit*; videtur enim eum voluiſſe vel inſtitutum, vel ſubſtitutum. Ex his vis argumenti, quo Julianus uſus eſt, jam apparet; nam in ſpecie Juliani, cum teſtator non ſubſtituerit inſtitutum ſibi ipſi, ſed fratri, videtur eum voluiſſe & inſtitutum, & ſubſtitutum; quare ubi omittit cauſam teſtamenti, ut inſtitutus, jam videtur impugnare judicium parentis. Facit ergo contra Edictum, ſi ex ſubſtitutione velit ſuccedere fratri: proinde creditoribus paternis reſpondere cogitur.

Idipſum ſenſit Julianus in alia ſpecie, quæ habetur in *d. l. ſi pupillus* 42. pone pater filium impuberem, quem ſolum habebat, inſtituit heredem, eidemque Titium pupillariter ſubſtituit. Pupillus paterna hereditate ſe abſtinuit, & antequam in ſuam tutelam veniſſet, obiit, Julianus voluit, ſubſtitutum compellendum eſſe creditoribus paternis reſpondere, & patris onera ſubiturum: non etiam legitimum heredem, ſi forte ſubſtitutus deſit. Tamen ratio, qua motus Julianus eſt, ibidem non exprimitur. Et ſane ea eſſe non potuit, quam in ſuperiori ſpecie protulit; non enim hic ſubſtitutus in Edictum incidiſſe dici poteſt,

ut qui inſtitutus non fuit, ſed ſubſtitutus ſolum. Nec ea certe fuit, quia filius in poteſtate, ubi beneficio Prætoris abſtinet, adhuc de jure civili heres eſt, *l.* 1. §. *qui ſunt ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti*. Et beneficium non conceſſum cauſæ, ſed perſonæ, in heredes non tranſit, *l. privilegia ff. de reg. jur.* Non, inquam, fuit; quia eadem de cauſa, legitimus heres creditoribus paternis pupilli reſpondere obligaretur.

Verius eſt, Julianum nixum eo, quod ſubſtitutus venit ad hereditatem pupilli judicio patris ſubſtituentis, non etiam ex ſola legis diſpoſitione, ſicut venit legitimus; quare abſurdum non eſt, eundem ſubſtitutum creditoribus ejuſdem patris obligari.

Ceterum has ſpecies, primam, & ſecundam, diverſas eſſe, & longe inter ſe abire, palam eſt; tum quia prior proponitur in *l.* 40. poſterior in *l.* 42. tum etiam, quia diverſa eſt decidendi ratio in una, atque in altera: tandem, quia Notæ Marcelli diverſæ ſunt, ut jam videndum eſt.

Itaque Marcellus ad primam ſpeciem Juliani notat, referente Ulpiano in *d. l.* 40. *Sed Marcellus eleganter diſtinguit, multum intereſſe, utrum ex aſſe fuerit inſtitutus in patris teſtamento, an ex parte: ut ſi ex parte, potuerit ſine metu, remota patris ſucceſſione, impuberis hereditatem amplecti*. Duo ait, unum tacite, alterum expreſſe. Tacite, ut hinc exordiat, ſi filius ſit ex aſſe inſtitutus, fratre pupillo exheredato, & eidem ſit pupillariter ſubſtitutus, & accidat, inſtitutum omittere hereditatem, quæ tota alteri ab inteſtato obveniat; cum is idem fratri ex ſubſtitutione vult ſuccedere, cogitur patris onera ſubire. Et in hac Marcellus Juliano conſentit; quare in hac ſpecie Juliani ratio recte procedet, ideſt, ſubſtitutum incidere in Edictum.

Expreſſe. Si ambo filii ſint a patre inſtituti heredes, & alter ex his partem ſuam recuſet, itaut tota jure accreſcendi fratri deferatur; ubi factus eſt ſubſtitutionis caſus, poteſt ſine metu creditorum impuberis hereditatem amplecti. Et hic a Juliano Marcellus diſſentit. At quid eſt, quod ait, *Remota patris ſucceſſione?* Ad quæ verba vulgo non attendunt. Nempe tunc non adeſſe metum, ne vexetur a creditoribus, ſi petat ſeparari bona pupilli a bonis paternis, ut iſtis remotis, ea quæ fuerant pupilli, ſolum accipiat. Hoc eſt, *removeri patris ſucceſſionem*. Quare ſi frater iſtam ſeparationem non petet, reincidet res ad primum caſum, & ſubſtitutus incidet in Edictum.

Et hæc interpretatio eſt Papiniani in *l. ſi filius* 12. *ff. de vulg.* quæ hic expendenda eſt; verba ſunt: *Si filius, qui patri, ac poſtea fratri ex ſecundis tabulis heres extitit, hereditatem patris recuſet, fraternam autem retinere malit, audiri debet. Juſtus enim Prætorem facturum exiſtimo, ſi fratri ſeparationem bonorum patris conceſſerit*. Species eadem eſt, quæ Juliani, deciſio eadem, quæ Marcelli. Sermonem habet Papinianus de filio, qui patri heres *extitit*, ſcilicet ipſo jure, ut qui ſuus heres erat; de facto tamen, poſtquam heres extitiſſet, abſtinuit; prorſus ut tota hereditas paterna tota ad fratrem perveniſſet; de quo Papinianus nihil habet, utrum inſtitutus fuerit, an exheredatus; nihil enim intereſt: quippe ſemper eadem decidendi ratio erit, ſive frater hic ſit ex aſſe heres ab inteſtato, ſive partim jure inſtitutionis, partim jure accreſcendi. Deinde frater antequam in ſuam tutelam veniſſet, decedit, relicto ſubſtituto pupillari fratre ſuo, qui coram Prætore petiit, ut ſibi liceret retinere bona propria fratris, & rejicere bona paterna, quæ ad eundem fratrem pervenerant. At cur, coram Prætore? Nempe, quia de jure civili certum eſt, fruſtra omnino hanc ſeparationem petii; cum enim ſubſtitutus pupillaris ſit heres pupilli, §. *igitur, Inſtit. de ſubſt. pupill.* in omne jus pupilli ſuccedere debet, *l. nihil eſt ff. de verb. ſignif.* ubi enim bona paterna ad filium pervenerunt, jam in filii patrimonio ſunt; unius enim unum eſt patrimonium, *l. Juriſconſ.* §. 1. *ff. de excuſ. tut.* Hac ergo de cauſa, frater jure civili omiſſo, adiit Prætorem, & ab eo ſeparationem bonorum patris, & fratris petiit. Quæſitum eſt, an eam Prætor ex æquitate concedere poſſet? Reſpondet Papinianus poſſe. Et hoc eſt, quod dixerat Marcellus, fratrem, *remota patris ſucceſſione*, poſſe ab bona fratris tantum admitti, ex ſubſtitutione pupillari. Eadem ergo ſpecies eſt, eadem deciſio. Et notanda ſunt Papiniani verba, cum ait: *Juſtius enim Prætorem facturum exiſtimo, ſi fratri ſeparationem bonorum patris conceſſerit*; etſi enim juſtum jus civile ſit, juſtum etiam Prætorium; tamen Prætorium juſtius di-

dicitur. Ariſtoteli *βέλτιον melius δίκαιον βέλτιον δικαίου. Juſtum melius juſto*.

Rationem hujus deciſionis prætermiſit Marcellus; nam, ut Seneca ait, Juriſconſultorum reſponſa valent, etiamſi ratio non reddatur. Eam tamen nobis non invidit Papinianus, qui unam, & alteram affert. Prior eſt: *Etenim jus dicentis propoſitum eſt liberos oneribus hereditariis non ſponte ſuſceptis liberare, non invitos ab hereditate removere*. Senſus eſt, ſi prætor hanc bonorum ſeparationem fratri non tribuit, utique eum invitum arceret a bonis fraternis; cogeretur enim is ea recuſare, quando alia via a creditoribus patris ſe eximere non poteſt. Hoc autem eſt contra Prætoris propoſitum, qui beneficio ſuo liberis concedit poſſe ſe abſtinere a bonis patris, ne ab ejuſdem creditoribus vexarentur. Adde, filius, qui abſtinuit ab hereditate patris, inane hoc beneficium experiretur, ſi deinde bona patris a fraternis non ſeparet; cogeretur enim creditoribus paternis reſpondere, quorum tamen metu abſtinuit.

Poſterior Papiniani ratio eſt: *Præſertim, cum remotis ſecundis tabulis, legitimam haberet fratris hereditatem*. Vis argumenti in eo eſt. Cum Prætor ſubſtinet ſecundas tabulas ob utilitatem ipſius pupilli, certe videretur id facere in odium fratris, ſi ſeparationem denegaret. Fac enim, ſecundas tabulas corruere, ad pupilli bona frater ab inteſtato admitteretur. At ſeparatione denegata, frater ob metum creditorum patris, ab omni pupilli hereditate arceretur, & bona etiam fraterna amitteret. Quare ſubſtinentur hoc caſu tabulæ pupillares in odium fratris. Quod non videtur dicendum.

Fuit bonorum ſeparatio a Prætore introducta pro hereditatis creditoribus, quibus ſufficiunt bona defuncti, quæ non ſufficerent, ſi & in eorum poſſeſſionem mitterentur proprii creditores heredis, forte mediocris, vel egeni, ut in *l.* 1. *ff. de ſeparationibus*. Hoc quia æquiſſimum viſum eſt, translatum deinde fuit ad alios, veluti ad neceſſarium heredem, ne creditores hereditarii etiam vendant bona ejus propria, quæ poſt domini mortem acquiſivit, vel quæ ei dominus debuit: ita etiam ad legatarios, & ad patronum heredem libertæ, quæ Titio exempli gratia heres extitit, ne creditores Titii etiam vendant alia libertæ bona: ſic etiam ad caſtrenſes creditores, ut ſeparentur a paganis, alioſque, quos recenſet Accurſius in *d. l.* 1. *in princ. v. decreto Prætoris*. At jam vides, concedi etiam ei, qui fratri pupillo ſit ſubſtitutus.

Ex his Papinianus ita concludit: *Itaque legata dumtaxat ex ſecundis tabulis præſtari debent, habita ratione facultatum in Falcidia non patris, ut alias ſolet, ſed impuberis*. Nempe ubi frater ſubſtitutus petiit, & impetravit a Prætore ſeparationem bonorum patris, & fratris pupilli, utique ex hoc beneficio conſequitur, ut non obligetur præſtare legata in primis tabulis a patre relictis, & quæ ipſam patris ſubſtantiam onerant. Obligatur ſolum præſtare legata relicta in ſecundis tabulis, quæ pupilli hereditatem afficiunt. Proinde in ineunda ratione legis Falcidiæ, videndum eſt, an legata excedant drodantem bonorum ipſius impuberis. Quod ſi ſeparatio petita non fuiſſet, tunc licet legata ſecundarum tabularum de pupilli hereditate præſtentur, tamen ratio habetur facultatum ipſius teſtatoris, *l. in ratione* §. *quod vulgo ff. ad leg. Falc.* ubi Goveanus.

Alia longe diverſa eſt nota Marcelli ad ſecundam Juliani ſpeciem, eaque refertur ab Ulpiano in *d. l. ſi pupillus* 42. quæ in Pandectis Florentinis incipit, Julianus. Itaque cum Julianus dixiſſet, ut jam retulimus, ſubſtitutum extraneum pupilli abſtinentis debere patris pupilli onera ſubire, & paternis creditoribus reſpondere; impugnat eum Marcellus I. ex abſurdo, quod inde oriretur. Abſurdum eſt, quia ſubſtitutus metu onerum, hereditatem pupilli ex ſubſtitutione non adibit; quare impugnat utilitatem pupilli, hoc eſt, privat eum teſtamentario herede; ergo docet ſubſtitutum pupilli abſtinentis cogi patris pupilli creditoribus reſpondere. II. impugnat, quia ſi iſte frater eſſet, & omitteret cauſam teſtamenti, & ab inteſtato vellet ut legitimus heres ſuccedere, utique creditoribus paternis non obligaretur, neque in edictum incidet, nempe quia in ſola fratris bona ſuccederet, non etiam teſtatoris: ergo a pari extraneus, quando in ſola filii bona admittitur, creditoribus patris non erit obnoxius, quæ rationes extant & apud Papinianum in noſtra *l. ſi filius*, ut viſum eſt.

Ex hactenus diſputatis apparet, Juliani ſententiam fuiſſe, ſubſtitutum filii abſtinentis ab

ab hereditate paterna, cogi ſemper & indiſtinĉte facere ſatis creditoribus patris. At vero ex Marcello tres caſus debere diſtingui. Primus eſt, fratrem ex aſſe inſtitutum, & repudiantem, dum fratri exheredato ex pupillari ſuccedit, obligari creditoribus paternis. Secundus eſt, fratrem ex parte inſtitutum, & repudiantem, dum fratri coheredi ex pupillari ſuccedit, non teneri iiſdem creditoribus reſpondere, ſi bonorum ſeparationem petat, ut in *d. l. quæſitum eſt*, & in noſtra *l. ſi filius*. Ultimus eſt, extraneum pupillo abſtinenti ſubſtitutum, indiſtinĉte a prædiĉtis creditoribus conveniri non poſſe *d. l. ſi pupillus*.

Una modo difficultas manet, de ſententia Jaboleni in *d. l. paterfamilias de privilegiis creditorum*, quæ alias eſt ſub *tit. de bonis auĉt. Judicis poſſidendis*. Dubium enim eſt, cuinam ipſe adhæſerit, Juliano, an Marcello? Doĉtores in diverſa tendunt. Et quidem Antonius Faber *dec.* 32. *err.* 2. opinatur, Jabolenum ſententiam Juliani ampleĉti, quod ſequutus eſt Santolaria *interpr.* 10. *n.* 24. Quod verum eſt.

Hæc ut clare conſtent, primo loco Jaboleni ſpeciem proponemus. Ea ita ſe habet. Paterfamilias teſtamento condito filium pupillum, quem ſolum habebat, inſtituit heredem, eique extraneum pupillariter ſubſtituit. Mortuo patre filius metu creditorum ab hereditate abſtinuit, & in impubertate deceſſit, ad cujus ſucceſſionem venit ſubſtitutus. Ex quibus conſtat, hanc ſpeciem omnino convenire cum ultima jam propoſita ex *d. l. ſi pupillus*. Super qua re epiſtolam Juriſconſultus quidam Jaboleno ſcripſit, quæſivitque ab eo, an ſubſtitutum aĉtio creditoribus paternis danda eſſet. Et quidem Juriſconſultus ille putabat dari, ea motus ratione, quia patris, & filiii unum teſtamentum eſt, §. *igitur de pup. ſubſt.* Certe hæc ratio non producitur a Jaboleno, ut opinantur, ſed a Juriſconſulto, qui epiſtolam ſcripſit, ut ſatis ex ipſo verborum contextu apparet.

Videamus jam quid Jabolenus reſcripſerit. Ejus hæc verba ſunt: *Reſpondi. Quod Prætor filio, qui a paterna hereditate ſe abſtinet, præſtat, ne, bonis patris ejus venditis, in eum aĉtio detur*. Tum addit: *Idem in ſubſtituto filio herede ſervandum non eſt*: quæ verba ita conſtruenda ſunt. Idem in eo herede, qui ſubſtitutus eſt ipſi filio, ſervandum non eſt. Tandem ſui diĉti rationem reddit in hæc verba: *Quoniam filii pudori parcitur, ut potius patris, quam filii bona veneant*. Senſus apertiſſimus eſt, nempe a Prætore præſtari quidem filio abſtinenti, ne conveniatur a creditoribus patris, at idem in extraneo pupillariter ſubſtituto non præſtari, qui creditoribus iiſdem erit obnoxius; nam hoc beneficium a Prætore excogitatum eſt gratia filii, cujus pudori parcitur: ergo beneficium perſonale eſt, & per conſequens non tranſit ad alios, *l. privilegia ff. de reg. juris*; quare eo non gaudebit extraneus filio ſubſtitutus.

Non me latet, nonnullos a prædiĉtis Jaboleni verbis delere negationem, & legere, *Idem in ſubſtituto filio herede ſervandum eſt*. Sed iſti non animadvertunt, ita legendo, diĉtum repugnare rationi, quæ mox ſubjicitur & rationem diĉto; nam ratio probat, privilegium ne a creditoribus paternis conveniatur, eſſe ſolum filio abſtinenti a Prætore conceſſum, & tamen in diĉto haberetur oppoſitum, nempe idem privilegium ſervandum eſſe etiam in ſubſtituto.

De Nepotibus poſtumis, & his qui poſtumorum loco ſunt heredibus inſtituendis.

QUÆSTIO XVII.

Ad Scævolam in l. Gallus 29. ff. de lib. & poſt. lib. 28. tit. 2.

OLim poſtumus inſtitui heres non poterat, ob incertitudinem perſonæ, ut qui non tam animal videtur, quam ſpes animantis, *l.* 1. *ff. de ventre in poſſ. mitt.* & ſolum habetur, ut pars viſcerum matris, *l.* 1. §. 1. *ff. de ventre inſpiciendo*. Et hanc eſſe hujus prohibitionis rationem collegit Raphael Cumanus ex §. *poſthumo quoque cum antecedenti*, *Inſtitutionib. de legat.* quam tamen clarius idem docet Theophilus. Cur autem incerta perſona nequiret inſtitui, non una ratio eſt, nam Alciatus hic *n.* 1. ideo factum putat, quia facultatem teſtandi a lege Decemvirali conceſſam, viſum eſt Juriſconſultis anguſte interpretari, utpote ex qua diſponit quis de re in eum caſum, quo mortuus ſit, nec amplius ipſius rei dominus, Gloſſ. in *l. illa inſtitutio ff. de hered. inſtit.* quocirca eſt hæc

Digitized by Google

hæc poteſtas conceſſa ex quadam humanitate & per viam diſpenſationis, contra naturalem rationem, & ideo rigoroſe interpretanda. Aliam cauſam reddit Faber 9. *conject.* 1. quia teſtandi poteſtas eſt in teſtatore permodum legis, *l. verbis ff. de verb. ſignif.* & maximum legis vitium eſt incertitudo: quippe jus finitum & certum eſſe debet, *l.* 2. *ff. de juris & facti ign.* Proinde Ulpianus in *fragm. tit.*22. §. *incerta*, ait incertam perſonam heredem inſtitui non poſſe, quoniam certum conſilium debet eſſe teſtantis.

Verum cum poſtumus ſuus ab inteſtato omnino ſuccederet, rumperetque teſtamentum, *l. inteſtato §. fin. de ſuis & legit.* cœpit ab iſto ſummo jure, & nimia religione recedi, factumque eſt, ut inſtitutio poſtumi ſui ſive filii, ſive nepotis permitteretur ex eadem humanitate, ex qua poteſtas teſtandi conceſſa eſt. Unde intelligimus Ulp. in *l. placet ff. eod.* cum ait: *Placet omnem maſculum poſſe poſtumum heredem ſcribere*; nam verbum, *placet*, eſt novum jus inducentis, ſub cujuſdam interpretationis prætextu, *l. placet C. de Sacroſ. Eccl.* ut idem Alciat. *loc. cit.* obſervat, licet in ſententiis criminalibus verbum *placet*, alio ſenſu accipiatur, ut *relegari in inſulam placet*, *l. metrodorum ff. de pœnis*, & in vita D. Cypriani, *In ſaſcium Cyprianum gladio animadverti placet*, Cujacius ad *l.*8. *ff. qui teſtam. fac.*

Secus fuit in nepote poſtumo alieno, qui ex veteris juris rigore nequit inſtitui, quamvis inſtitutus ex edicto Prætoris habeat bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, & præteritus contra tabulas; ſicut enim Prætor ſuccurrit filiis emancipatis, ita & nepotibus prædictis, *l. extraneo*, *l. ubicumque* §. 1. *col. ult. ff. de ventre in poſſeſſ. mittendo*, *l. poſtumus* §. 1. *ff. de inoff. teſtam.* Et juxta Prætorium jus intelligendum eſt; cum in *l. Titius* §. *ult. ff. eod.* & in §. *poſtumus, Inſtitutionib. de legatis*, legimus, poſtumum alienum olim inſtitui heredem potuiſſe, ut recte Accurſ. & Bart. interpretantur quos ſequitur Faber 9. *conject.*2. *in fin.*

Itaque duplex eſt poſtumorum genus: quidam ſunt ſui, quidam alieni. Sui ſunt, qui ſi eo tempore naſcerentur, quo teſtamentum fit, dummodo concepti ſint, inter ſuos heredes teſtatori futuri eſſent, ideſt eſſent in ejus poteſtate, & primum gradum in ſucceſſione occuparent. Ita Faber *loc. cit.* ex Ulpiano *tit.*22. §. *poſtumi*. Itaque nepos qui ex me teſtante conceptus eſt ex filio meo familias, eodem filio mortuo, aut aliter e medio ſublato, ſuus mihi poſtumus eſt.

Alieni ſunt, qui concepti teſtamenti tempore, ſi nunc naſceretur, non eſſent teſtatori inter ſuos heredes, ideſt aut non eſſent in teſtatoris poteſtate, ut poſtumus conceptus ex filio emancipato: aut quamvis in poteſtate eſſent, primum tamen locum in ſucceſſione non occuparent, ut poſtumus ex filiofamilias, qui adhuc vivus eſt.

Verum nepos poſtumus, qui tempore teſtamenti ſolummodo conceptus erat, vel naſcitur poſt avi mortem, & dicitur poſtumus Aquilianus, quia de eo Gallus loquutus eſt: vel naſcitur avo etiamnum vivente, & eſt poſtumus Vellejanus de quo ſcilicet lex Junia Velleja *cap.* 1. ſermonem habuit.

Interea non omiſerim, dari quoque poſtumum Cornelianum, ut eum quidem eleganter vocat Cujac. ad *l. lege Cornelia ff. qui teſtamenta facere*: quoniam enim lex Cornelia mortis & captivitatis tempora conjungit, ideo qui poſt captivitatem naſcitur filius, poſt mortem patris naſci videtur, & rumpit teſtamentum in civitate conditum, etiamſi ante moriretur, quam pater, *l. uxorem ff. de injuſto rupto*. Quia ergo lex Cornelia patrem tempore captivitatis mortuum fingit, recte filius poſt captivitatem ortus, licet vivo patre, poſtumus Cornelianus dicetur.

Quoniam vero poſtumus ſuus neceſſario erat inſtituendus, aliter præteritus naſcendo teſtamentum rumpebat, alienus vero inſtitui nequibat: & ſæpe accideret, ut qui tempore conditi teſtamenti alienus erat, deinde vero poſt teſtamentum conditum fieret ſuus; ideo ſæpe etiam accidebat, ut teſtamenta rumperentur in grave teſtatorum præjudicium. Quare ut huic malo obviam irent, laborarunt, partim C. Aquilius Gallus, eximius Juriſconſultus, Ciceronis collega, cujus etiam ſunt formulæ illæ de dolo malo, & de ſtipulatione, quæ dicitur Aquiliana: cui etiam nonnulli tribuunt Legem Aquiliam de damno injuria, quos tamen decipi putat Anton. Auguſt. in libro *de legibus*, *& Juriſconſultis*: partim vero occurrit lex Junia Velleja, de cujus auctore, & ſpecie non ſatis conſtat. Eſt autem non lex Conſularis, ſed Tri-

Tribunitia, ut Falcidia, Voconia, & ſimiles, Manutius *de legib. Roman. pag.63.*

Itaque tam de conſilio ſeu formula Galli, quam de lege Velleja agit Cerbidius Scævola *lib. 6. quæſtionum*, relatus in noſtra *l. Gallus*, quæ propterea in duos tractatus diſtinguitur. In primo proponitur Galli formula, & id ſtatim initio. Et hic ſubdividitur in 7. partes; nam Scævola formulam Galli extendit 6. modis: reſtringit, ſeu declarat uno dumtaxat. In ſecunda proponitur lex Velleja, in §. *nunc de lege*: & hæc ſubdividitur in tres partes; agitur enim primum de primo capite legis, tum de ſecundo, & tandem de ſententia Juliani, duo capita legis Vellejæ commiſcentis. Singula quatenus opus & uſus erit, explanabimus.

TRACTATUS PRIOR

De Formula Galli.

GAllus Aquilius ſic poſſe inſtitui poſtumos nepotes induxit: *Si filius meus vivo me morietur, tunc ſi quis mihi ex eo nepos, ſive qua neptis poſt mortem meam in decem menſibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus natave erit, heredes ſunto.* Hactenus Scævola. Ex quibus conſtat, Gallum loqui de nepote, qui tempore teſtamenti duo habet, primo ut ſit conceptus, alioqui non poſſet attento naturæ ordine intra decimum menſem naſci: ſecundo ut alienus poſtumus ſit, ut qui patrem vivum habet, & ideo ſi naſceretur, primum gradum in ſucceſſione non occuparet, cum eum pater præcedat. Conſtat etiam loqui de eo nepote, cui poſt teſtamentum conditum duo accidant. I. ut pater moriatur vivo avo. II. ut ipſe poſt avi obitum naſcatur. Hic ergo nepos tempore teſtamenti nequit inſtitui, ut alienus: tempore quo naſcitur, debet inſtitui, ut jam factus ſuus, & inveniens ſe præteritum, avi teſtamentum rumpit. Cui incommodo occurrit Gallus ſubtiliter inventa verborum formula, qua nepos poſtumus alienus inſtitueretur, non cum alienus manet, ſed cum fiet ſuus; quippe tota formulæ vis conſiſtit in articulo temporis, *Tunc*, ideſt eo caſu & tempore poſtumus inſtituitur, cum patre mortuo ex alieno fit ſuus; ſignificat enim extremitatem temporis, argumento ex *l. ult. ff. de condit. & demonſtr.* ut recte monet Faber *9. conject.* 1.

Unde colligitur primo, nepotem non inſtitui ex tempore teſtamenti, ſed in tempus, quo pater moritur, quod eſt quidem contra juris rigorem, ſed tamen ex æquitate receptum eſt, ut probatur ex Modeſtino in *l. in tempus ff. de heredibus inſtituendis*, cum ait: *In tempus capiendæ hereditatis inſtitui heredem poſſe, benevolentiæ eſt.* Ubi duo habemus, heredem poſſe inſtitui non ex die conditi teſtamenti, ſed ex die, quo capax acquirendi erit, veluti L. Titius cum capere poterit, heres eſto; & præterea hanc inſtitutionem ex benevolentia, ſeu benignitate ſuſtineri, cum ex rigore juris nulla ſit; tribus enim temporibus heres capax eſſe debet, tempore conditi teſtamenti, mortis teſtatoris, & aditæ hereditatis, *l. ſi alienum* §. 1. *ff. cit. tit.* Eodem modo nepos Aquilianus inſtituitur in tempus, quo fiet ſuus: quare & hæc inſtitutio ex benevolentia valida eſt; nam Gallus Aquilius, ut inquit Cic. 3. *de officiis*, juris civilis rationem nunquam ab æquitate ſejunxit.

Ex his intelligimus textum Africani in *l. ſi ita ſcriptum* §. 1. *ff. de hered. inſt.* Species eſt; quidam teſtamento ita heredes inſtituit, Filia mea heres eſto. Si quid mihi liberorum me vivo mortuove naſcetur, tunc ex dodrante heres eſto, dicitur filia inſtituta ex aſſe. Quod contrarium eſt eo, quod habetur in *l. qui non militabat* §. *filiis ff. cit. tit.* ubi uno herede in parte ſcripto, ex. gr. in dodrante, alter heres, qui ſine parte inſtituitur, in reliquum aſſis vocatus intelligitur. A qua difficultate ſe expedire non potuit Cujacius ad Africanum in *d. l. ſi ita ſcriptum* §. 1. ubi tamen filia ſine parte ſcripta heres, ideo ipſi as datus intelligitur, quia tempore teſtamenti nullum habet coheredem; poſtumus enim erit coheres tunc cum naſcetur, ex formula Galli. Itaque cenſetur teſtator tranſiſſe ad dupondium; nam filia eſt inſtituta in aſſe, poſtumus in dodrante; quocirca hereditatis fient partes 7. quarum 4. habebit filia, poſtumus tres, quæ eſt ratio ſeſquitertia, ut eadem ratio eſt inter 12. & 9. uncias, ut ibi Africanus ait. Secus eſt in ſpecie *d. l. qui non militabat* §. *filiis*, ubi non ſolum heres natus erat, ſed erat coheres, propterea is, qui ſine parte ſcriptus

eſt.

Digitized by Google

eſt, ad reliquum hereditatis, quæ vocat, vocatus cenſetur.

II. Regulam, Quæ ab initio non valent, tractu temporis non reconvaleſcunt, ceſſare in prædictis caſibus, quia inſtitutio refertur ad initium validum, ſcilicet cum heres capax erit, cum poſtumus fiet ſuus; habere vero locum, cum inſtitutio ad initium invalidum confertur, ut ſi qui incapax eſt, ſimpliciter inſtituatur, heres eſto, *d. l. ſi alienum* §. 1. ita quoque inutiliter alienus poſtumus abſolute inſtituitur, licet deinde ſuus fiat, ut ex citatis juribus patet.

III. Poſtumum Aquilianum non eſſe alienum, ſed ſuum; habito nempe reſpectu non ad teſtamenti tempus, ſed ad effectum inſtitutionis, inſtituitur enim tunc, cum hujus nepotis pater morietur, quo certe tempore poſtumus ſuus eſt. Et licet verum ſit, inſtitutionem ex certo tempore fieri non poſſe; id tamen eſt, cum ex ea inſtitutione quis partim teſtatus fieret, partim inteſtatus, contra textum in *l. jus noſtrum ff. de reg. juris.* Quod utique non accidit in ſpecie noſtra, ubi nepos inſtituitur quidem ex certo tempore, ſed id tempus vivo teſtatore accidit, ut patet ex illis verbis, *Si filius meus vivo me morietur;* quocirca ceſſat in ea ratio abſurdi.

Interim non negamus, Aquilianum poſtumum, ſi accipiatur reſpectu teſtamenti conditi, eſſe alienum, ut explicandus eſt Paulus in *l. pen. ff. de legat.* 1. in illis verbis: *Et obtinuit ſententia Galli, alienos quoque poſtumos legitimos nobis heredes fieri.*

His ita explicatis, progrediamur ad oppoſitiones, quæ contra hanc Galli formulam fieri ſolent.

Prima oppoſitio eſt contra illa verba, *Si filius meus*; quibus verbis filius non inſtituitur, ſed ſub conditione ponitur; conditio autem non diſponit, nec inſtitutionem inducit, *l. ex facto* 1. *ff. de hered. inſtit. l. ſi quis eum* §. *ult. ff. de vulg.* quocirca filius eſt præteritus, & in conſequens teſtamentum eſt nullum, adeout nec jure Prætorio reconvaleſcat, *l. ſi filius in poteſtate ff. eod.* Vanum igitur eſt Galli conſilium: quippe etiam nepotis inſtitutio nulla eſt, utpote in teſtamento nullo facta.

Varia comminiſcuntur DD. pro hac difficultate removenda. Verius eſt, quod Accurſius ait, a Gallo præſupponi cetera habilia præceſſiſſe, adeoque filii inſtitutionem; de qua ideo non meminit Gallus, quia non formulam inſtituendi filium, quæ nota erat, & formulam inſtituendi nepotem invenire ſtuduit. Remque ita ſe habere patet ex declaratione Scævolæ hic §. *in omnibus*, cum ait: *In omnibus his ſpeciebus illud obſervandum eſt, ut filius dumtaxat, qui eſt in poteſtate, ex aliqua parte ſit heres inſtitutus*; ſcilicet in formula Galli filium non inſtitui, ſed ſupponi antecedenter inſtitutum, in aliqua hereditatis parte, ut in *l. cum in teſtamento ff. de hered. inſtit.* ubi Acc. Imo Hotom. *de verbis juris* refert, in quibuſdam libris manuſcriptis, formulam Galli a filii inſtitutione ordiri, ita: *Filius heres eſto, &c.*

Secunda oppoſitio eſt adverſus verba illa, *Vivo me morietur*; nam cum heres inſtitutus vivo teſtatore decedit, teſtamentum fit caducum: & olim ex l. Papia, de caducis, hereditas Fiſco quærebatur, *l. item veniunt* §. *cum antequam ff. de petit. hered.* quamquam hodie deferatur vel ſubſtitutis, ſi qui ſunt, vel legitimis heredibus, *l. un.* §. *pro ſecundo C. de caduc. toll.* Fruſtra ergo Gallus laboravit, ne poſtumus rumperet, quod jam caducum eſt.

Quidam reſpondent, filio coheredem datum, & ideo teſtamentum ſuſtineri, de qua re infra. Interim notandum cum Alciato hic, Galli formulam multis ante annis inventam eſſe, quam lex Papia conderetur: ille enim ſub Julio Cæſare floruit, hæc ſub Auguſto jam ſene lata eſt, Tacit. *lib.* 3. *hiſt.* Dio, aliique. Immo lex Papia, ubi lata deinde fuit, conſilio Galli non obfuit, quia excludebat fiſcum, cum de hereditate filii, nepotis, vel pronepotis ageretur, *d. l. un. in princ.*

Tertia oppoſitio pendet ex eo, quod poſtumi alieni, ſi fuiſſent ab avo inſtituti, ex edicto Prætoris habent bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, *l. poſtumus* §. 1. *ff. de inoffic. teſtam.* ut jam ſupra notavimus. Unde fit, ut Galli conſilium inutile & ſupervacuum ſit.

Sed dato Prætoris edictum ante formulam Galli propoſitum fuiſſe, de qua tamen re non conſtat, non inde fit Galli conſilium eſſe inane; ſicuti inanis non eſt bonorum poſſeſſio, quam Prætor filiis etiam in poteſtate conſtitutis conceſſit, qui alioqui jure civilis ſatis tuti ſunt. Prodeſt enim duplicem habere paratam viam ſuccedendi, alteram de jure civili, alteram ex edicto Prætoris, ut la-

Digitized by Google

latius poſt Theophilum explicant DD. in *tit. Inſtitution. de bonorum poſſeſſionibus*.

Quarta oppoſitio ex alio capite Galli formulam fuiſſe ſuperfluam, quia validitati teſtamenti, filio moriente vivo patre, ſatis immo plenius conſulitur ſubſtituto vulgariter nepote, nempe quia Galli formula providit uni tantum caſui mortis; at ſubſtitutio, Si heres non erit, latiſſime patet ad ſervitutem, deportationem, repudiationem, & ſimiles.

Reſpondetur ſubſtitutione nepotis ſubſtineri quidem teſtamentum, ſed non in totum; nepos enim jam factus poſtumus ſuus, eſſet præteritus in primo gradu; quare naſcendo rumpet teſtamentum in primo gradu, utpote quod vim ſolum haberet ex ſecundo ſubſtitutionis gradu. Neque hoc parum intereſt; nam ſi ponas filio in primo gradu inſtituto datos fuiſſe coheredes, tum filio vivo avo morienti ſubſtitutum nepotem poſtumum; quia nepos hic naſcendo rumpit primum gradum, ubi eſt præteritus, fit ut coheredes filio dati amplius non ſuccedant, ſed ſolus nepos ex ſecundo gradu heres erit. Probatur id ex ſimili in *l. ex facto §. Lucius ff. de vulg.* ubi quidam cum haberet filios in poteſtate, uxorem heredem ſcripſit, & ei ſubſtituit filios. Paulus ait, eum gradum, a quo filii præteriti ſunt, nullius eſſe momenti; ſubſtineri vero teſtamentum ex ſolo ſubſtitutionis gradu. Concordat textus in *l. 3. §. ult. cum duab. ll. ſeqq. ff. de injuſto rupto*, & in *l. ſi a primo ff. eod.* Huic ergo incommodo providit Gallus, excogitata formula, qua nepos in primo gradu inſtitutus, facit, ut totum teſtamentum firmum ſit.

Ex quibus etiam conſtat, poſtumum Aquilianum non eſſe ſubſtitutum, ſed inſtitutum, ut Goveanus, Alciatus, & Cujacius hic *in princ.* docent, & Fab. 9. *conject.* 11. quippe ſi eſſet ſubſtitutus, non omnino avitum teſtamentum ſubſiſteret. Et ſane ubique in noſtra lege inſtitutus dicitur, ut & in *l. ſi mater §. ult.* & *l. cum in teſtam. ff. de vulg.* In id ergo omnino Gallus incumbit, ne avus cogeretur nepotem ſubſtituere, inventa formula, qua eum inſtituere poſſet.

Nec obſtat, quod Acc. Bart. & alii hic objiciunt ex *l. cum in teſtamento ff. de hered. inſtit.* ubi Julianus ait, in formula Galli duos gradus heredum eſſe; quare poſtumus erit in ſecundo gradu, & ideo ſubſtitutus; reſpondemus enim duos gradus dici non ratione ſubſtitutionis, ſed quia ſimul eſſe non poſſunt; ut idem Julianus explicat, ibi: *Duo heredum gradus ſunt, nullo enim caſu uterque ad hereditatem admittitur*. Unde ſi nepoti datus ſit ſubſtitutus vulgaris, & filius patri heres exiſtat, ex quo nepos heres non eſt, nequit ſubſtitutus una cum filio admitti, quia non in primum, ſed in ſecundum gradum ſubſtituitur, ut ibidem habetur. Hinc ſi quis inſtituat poſtumum, eique alium ſubſtituat: poſtumo non nato, non ſubſtitutus, ſed legitimus heres erit admittendus.

Poteſt itaque poſtumus is, de quo ſermo eſt, ex formula Galli inſtitui in ſecundo gradu; poteſt etiam vulgariter patri ſubſtitui: poteſt denique ſimpliciter inſtitui ſimul cum patre, ex novo jure Juſtiniani in §. *poſtumo quoque*, *Inſtitutionib. de legatis*. Nec tamen inde fit, ut Galli conſilium hodie inutile ſit; eſt enim utile, imo neceſſarium, cum quis velit filium ex parte heredem, & quo caſu filius ſe vivo decedat, velit ſibi heredem naſciturum ex eo nepotem. Qui tamen caſus varios ſortiuntur effectus, ut jam explicatum eſt.

De explicationibus Scævolæ.

Propoſitam a Gallo formulam pluribus modis Scævola hic explicat, & extendit.

Et primo quamvis Gallus doceat poſtumum ſub duabus conditionibus poſſe inſtitui, *Si filius vivo me moriatur*, *& nepos ex eo naſcatur*, interpretatur Scævola id verum eſſe, ſi ad effectum attendamus; ſi vero ad verba, poſſe primam illam conditionem, *Si filius moriatur*, omitti, tanquam ex natura actus ſubintellectam. Ponas ergo teſtatorem dixiſſe: *Filius heres eſto*: *qui mihi ex filio nepos poſt mortem meam naſcetur*, *heres eſto*. Hoc etiam caſu, nepos videtur vocatus, moriente filio, §. *quidam recte*.

Id tamen cenſeri poſſet falſum, quia injunctus potius filio nepos ut coheres videtur, quam poſt patris mortem vocatus; nihil enim hic eſt, quod ordinem ſucceſſivum demonſtret; quare potius ſimul vocati ſunt, quiſque ad ſemiſſem.

Reſpondet Acc. hæc vera eſſe, quando conjectura ex mente teſtatoris deſumta aliud non ſuadeat; conjectura autem in ſpecie propoſita eſt, quia avus videtur inſtituiſſe nepotem,

Digitized by Google

tem, ne teſtamentum rumperet; quare nepos eo ſolum caſu ſuccedet, quo naſcendo teſtamentum rumpere poſſet, ideſt patre ſuo avi mortem pervertente, quam reſponſionem exornat Alciatus in *d.* §. *quidam recte, in princ.*

Hinc factum eſt, ut longiſſimis diſputationibus hic digladientur DD. circa hujuſcemodi conjecturas. Quæ omnia vaniſſima ſunt, ut quæ ortum habent ex non intellecto Scævolæ reſponſo. Non enim dubitandum eſt, duos ſimul inſtitutos eſſe coheredes, cum nihil obſtat, quo minus ſimul ſuccedant, & nihil adeſt, quod unum nonniſi alio deficiente vocet. Quod ſane adeſt in ſpecie noſtra; nepos enim, qui ex filio meo naſcetur, heres a me nequit inſtitui, ut qui poſtumus mihi alienus eſt: quocirca cum eum ſimul cum filio meo inſtituo, ejus inſtitutio de juris rigore nulla eſt. Huic rigori ſe opponit æquitas, quæ teſtantis voluntatem interpretatur, nepotemque non ſimul cum patre inſtitutum intelligit (quo caſu inſtitutio rueret) ſed tunc, cum poteſt inſtitui, nempe ſi pater ejus vivo me deceſſerit, & nepos alieno fiet ſuus. Hæc enim inſtitutio ex Galli formula valet. Hæc eſt vera ſententia Scævolæ in *d.* §. *quidam recte*.

Hæc tamen interpretatio hodie amplius locum non habet; quia enim Juſtinianus poſtumi alieni inſtitutionem firmam vult, etiam cum alienus eſt, *d.* §. *poſtumo quoque*; inde fit, ut hodie ceſſet ratio, ex qua Scævola motus ſtatuit, filium & nepotem ex eo naſciturum non intelligi ſimul vocatos; ea enim, ut diximus, tota pendebat ex eo, quod nepos poſtumus ſimul cum filio nequibat inſtitui. Cum ergo hodie ſimul inſtitui poſſint, certe ſimul vocati erunt. Falluntur itaque DD. qui etiamnum Scævolæ ſententiam locum habere credunt: & multo magis fallitur Acc. & Alciatus, dum putant, ſi teſtator filium & nepotem jam inſtituat, dicendo, Filium & ex eo nepotem inſtituo, videri ordine ſucceſſivo inſtitutos, ut ſcilicet nepos ſit filio vulgariter ſubſtitutus. Quam ſententiam merito rejiciunt Aretinus, Jaſon, & Cujacius hic.

Reliquæ Scævolæ interpretationes ad formulam Galli faciliores ſunt, & eas hic enumeraſſe ſit ſatis. II. enim producit, ut quod de filio dictum eſt, etiam in nepote procedat, & pronepote, §. *idem credendum*. III. & IV. licet in formula dicatur, *Si filius vivo me morietur*, id tamen non ſolum capiendum eſt de morte naturali, ſed etiam de civili, ut eſt ſervitus, aquæ & ignis interdictio, ſeu deportatio. Quam interpretationem Scævola ait, deſumtam eſſe non tam ex Gallo, quam ex ſententia legis Vellejæ, §. *& quid ſi tantum*, *cum ſeqq.* & nos infra. V. idem eſt in nepote nato apud hoſtes vivo avo, ſed redeunte poſt mortem avi, §. *ſi ejus*, de qua re infra latius. VII. idipſum viget, ſi poſt inſtitutum filium, inſtituatur pronepos, præterito nepote, qui tamen nepos deinde ante patrem moriatur, §. *forſitan*. VIII. tandem addit Scævola; hæc omnia locum habere, ſi teſtamentum valuerit, veluti ſi filius ex aliqua parte ſit heres inſtitutus, §. *in omnibus*.

Petes, cur Scævola dicat, filium oportere ex aliqua parte eſſe inſtitutum heredem. Cujacius interpretatur, *vel*, ſeu ſaltem *ex parte aliqua*. Quæ interpretatio coacta nimis eſt, & duo tribuit Scævolæ, qui unum dicit; tribuit enim, filium inſtitui debere vel ex aſſe, vel ex parte aliqua, cum Scævola ultimum tantummodo ex his dicat. Putem ergo Scævolam reſpexiſſe eum ſolum caſum, quo formula Galli eſt neceſſaria, qui eſt cum filius coheredem habet; tunc enim opus eſt, nepotem ex formula Galli inſtituere: nam ſi coheres filio datus non ſit, ſatis eſt nepotem ex eo vulgariter ſubſtituere, ſi mortuo patre, & avo naſcatur; nihil enim hoc caſu intereſt, ſi naſcendo rumpat tanquam præteritus primum gradum. Secus eſt in priori caſu, ubi multum intereſt primum gradum non rumpi, ne ſcilicet coheredis inſtitutio ruat. Ne id ergo accidat, neceſſaria eſt formula Galli, qua nepos non ſubſtituitur, ſed inſtituitur, ut ex his, quæ ſupra dicta ſunt, jam ſatis conſtare puto.

TRACTATUS POSTERIOR

De Lege Julia Velleja.

QUoniam Galli Aquilii conſilium ad eos ſolum nepotes pertinet, qui poſt avi mortem naſcuntur, ſuccedentes in locum ſui heredis, ut propterea non omnes caſus, qui in hac re accidere poſſunt, comprehenderit; nam aliquando in ſui etiam heredis locum ſuccedit nepos, qui vivo avo na-

Digitized by Google

naſcitur, ſed poſt teſtamentum conditum: aliquando etiam, qui ante teſtamentum natus eſt: quare niſi inſtituantur, teſtamentum rumpunt. Ideo, ut huic Galli defectui obviam iretur a Junio Vellejo, lex Junia Velleja lata eſt, ut quidem appellatur in Pandectis Florentinis, & a Cajo *lib.* 11. *Inſtitut.* licet in nonnullis libris Julia Velleja dicatur. Hæc igitur in duo omnino capita diſtincta eſt, de quorum utroque agemus.

Verba primi capitis referuntur hæc: *Qui teſtamentum faciet, is omnes virilis ſexus, qui ei ſui heredes futuri erunt, cum naſcerentur, inſtituendi neceſſario, poteſtatem habeat, etiamſi parente vivo naſcantur*, §. *nunc de lege*, ut recte legit, & emendat Cujacius hic retrahens prima verba §. ſequentis.

Itaque ne qui naſcitur poſt avi mortem nepos, teſtamentum rumpat, providit Gallus excogitata formula, qua nepos inſtitueretur; at nihil cogitavit de altero caſu, quo nepos idem vivo adhuc avo naſceretur. Huic incommodo occurrit Vellejus in priori capite ſuæ legis, ubi avo impartitus eſt poteſtatem inſtituendi nepotem ex filio naſciturum, ſi nepos is, mortuo filio, ſe vivo naſceretur, ut explicat Scævola hic *d.* §. *nunc de lege*.

Dicitur in lege, *Omnes virilis ſexus*, non quod neptis ex filio ex lege Velleja heres inſtitui nequeat, non enim dubitandum eſt, poſſe, ſicut etiam poteſt ex formula Galli. Sed ita dicitur ſolum, ut demonſtretur neceſſitas nominatim inſtituendi, vel exheredandi; ſoli enim poſtumi mares nominatim exheredandi ſunt, cum poſtumæ fœminæ etiam inter ceteros exheredari poſſint, cum adjectione legati, §. *poſtumi*, *Inſtitut. de exhered. liberor. l. ult. C. de liber. præteritis*. Hodie ex Conſtitutione Juſtiniani in *auth. ut cum de appellat.* poſtumi cujuſcumque ſexus, nec nominatim exheredari poſſunt, quia ſine elogio nulla exheredatio eſt: elogium autem poſtumo adſcribi nullum poteſt, Cujacius in *l.* 4. *ff. eod.*

Ceterum nepos is, qui avo vivente poſt teſtamentum naſcitur, etiam poſthumus appellatur, & eſt Vellejanus, longe diſtinctus ab Aquiliano, ut ſatis conſtat ex Ulpiano in *l.* 3. §. 1. *ff. de injuſto rupto*, cum ait: *Poſthumos autem dicimus eos (dumtaxat) qui poſt mortem parentis naſcuntur. Sed & ii, qui poſt teſtamentum factum in vita naſcuntur, ita demum per legem Vellejam, &c.* Et clarius infra in §. *nominatim*: *Sed etſi ita dixerit, Poſthumus exheres eſto, natus vel poſt mortem, vel vivo teſtatore, non rumpet.* Ita quoque *l. ſi quis ita* §. *fin. ff. de teſtamentaria tutela*, idem Ulp. ait, tutorem datum poſtumo, intelligi datum ei quoque, qui vivo patre naſcitur, Cujac. 3. *obſ.* 4. Ant. Aug. *de legib. pag.* 143.

Secundi capitis legis Vellejæ verba mutila ſunt, non enim a Scævola relata ſunt, niſi hæc: *Si quis ex ſuis heredibus ſuus heres eſſe deſierit, liberi ejus, &c. in locum ſuorum ſui heredes ſuccedunt*, §. *& bene*, & §. *videndum*. Hic, ut recte Cujac. *loc. cit.* advertit, ſermo eſt de nepotibus iis, qui poſtumorum loco ſunt, ideſt qui tempore teſtamenti avi nati ſunt, nec tamen eo tempore ſui ſunt, ſed poſtea vivo eodem avo, in ſui heredis locum ſuccedunt. E. g. habeo filium in poteſtate, & nepotem ex eo jam natum, condoque teſtamentum inſtituto filio, ſi me vivo filius meus decedat, nepos jam poſtumi loco habetur, & mihi ſui heredis locum ſubit. Quocirca ne præteritus rumpat teſtamentum, lex Velleja avo poteſtatem inſtituendi eum poſt filii mortem conceſſit, §. *etiamſi vivente*.

Dices, nepotes, qui jam nati ſunt, poſſunt ex veteri jure inſtitui, ut hic, §. *ille caſus*. Nihil ergo novi lex Velleja induxit. Reſpondet Cujacius hic, induxiſſe, ut ſuccederent in locum ſuorum, ut ſi eſſent præteriti, ſucceſſione teſtamentum rumperent, ut inſtituti, vel nominatim exheredati, non rumperent.

Unde colligit Scævola, eum etiam nepotem ſuccedere in locum ſui, cujus pater apud hoſtes ſit: idque tam ſi pater iſte vivo teſtatore decedat, quam ſi poſt ejus mortem ab hoſtibus non redeat; nam inducta fictione legis Corneliæ videtur filius vivo teſtatore deceſſiſſe, *d.* §. *videndum*.

Supereſt, ut de ſententia Juliani videamus, qui duo hæc capita Legis Vellejæ, quorum alterum de naſcituro, alterum de jam nato loquitur, ſimul commiſcuit. Species eſt: Poſt teſtamentum me vivo nepos ex filio naſcitur non ſuus, quoniam & vivo filio meo naſcitur: deinde mortuo teſtatoris filio ſuccedit in locum ſui. Quæſitum eſt, an ejus nepotis pure facta inſtitutio valeat? Et videbatur non valere: non quidem ex primo capite legis Vellejæ, quia etſi vivo teſtatore na-

naſcatur, tamen ſuus non naſcitur: non item ex ſecundo, quia id caput eſt de his, qui nati cum eſſent tempore teſtamenti, mox in ſuorum locum ſucceſſerunt; hic autem nepos tempore teſtamenti nondum natus erat.

Juliani tamen ſententia, quæ moribus recepta eſt, fuit valere, ne ſcilicet aliter teſtamentum rumperetur. Qua in re Julianus duo capita legis Vellejæ quaſi commiſcuit; nam partim videtur hic nepos aliquatenus ad primum caput pertinere, quod ſcilicet poſt teſtamentum vivo avo naſcatur: partim ad ſecundum, quod naſcatur patre vivo, & in locum ejus ſuccedat. Quaſi igitur ad utrumque caput quodammodo pertineat, hoc colore ſi inſtitutus ſit, recte inſtitutus intelligetur, ut verba Cujacii ſunt, §. *pen.*

Hinc quæſitum a Scævola eſt, ſi hic nepos vivo patre emancipetur, an deinde ſponte, ut heres voluntarius adire poſſit? Et reſpondet Scævola poſſe; quoniam enim receptum eſt ex ſententia Juliani inſtitutionem valere: erit ergo heres, ſed non ſuus, quia jus ſui heredis emancipatione ſublatum eſt. Quare reliquum eſt, ut voluntarius heres ſit, §. *ult.*

Placet hic, tanquam pro coronide, latius explicare duo, quæ ſupra a Scævola diſputata ſunt in §. *ſi ejus*, & in *d.* §. *quod ſi tantum*, *cum ſeq.* quæ ideo duo ſunt a nobis tranſlata, quia poſt legis Vellejæ explanationem, commodius intelligi poſſunt. Species textus in *d.* §. *ſi ejus* ita ſe habet: Quidam filium habebat, & nurum prægnantem, conditoque teſtamento, filium, & ex eo poſtumum nepotem inſtituit pure. Nurus prægnans ab hoſtibus capta eſt, ibique vivo teſtatore, & ejus filio, peperit. Deinde poſt mortem avi & patris nepos redit. Quæſitum eſt, an nepos reverſus avi teſtamentum rumpat? Negat Scævola; nempe quia non eſt, utrum hoc caſu nepotis poſtumi inſtitutio firma ſit ex lege Velleja, an potius ex jure antiquo? Jus antiquum hic in noſtra lege ſæpe appellatur formula Galli, habito reſpectu ad L. Vellejam, quæ recentior eſt, ut recte Acc. obſervat, Hæc quæſtio ambigua viſa eſt Scævolæ; & licet eam proponat, tamen non ſolvit; nam ex una parte, quia nepos poſt avi mortem reverſus eſt, videtur etiam poſt avi mortem natus: quod ſi admittamus, jam hic caſus ad jus antiquum, ſeu ad Galli formulam pertinebit. Ex parte alia, quia idem nepos avo vivente natus eſt apud hoſtes, & reverſus fingitur retro in civitate fuiſſe; propterea ejus inſtitutio ex lege Velleja ſubſtineri videtur.

Quod inſolutum Scævola reliquit, DD. ſolvere conati ſunt. Et Acc. quidem ad Galli formulam refert, quia ea tria, quæ exiguntur ex Gallo, omnia hic adſunt; nempe teſtamentum conditum eſt filio vivo, & nepote concepto: item filius mortuus eſt, vivo avo: tandem poſt obitum patris & avi nepos videtur natus; nam adnaſci videtur, cum revertitur.

Contrarium verius opinatur Cujacius hic, nempe inſtitutionem valere ex primo capite legis Vellejæ, quia conceptus in civitate poſtliminii jure gaudet, *l. pen. ff. de ſtatu hominum*, ibi: *Et ſi mulier prægnans ab hoſtibus capta fuerit, id quod natum eſt, poſtliminium habet*. Quamobrem, ſi redeundo, juri poſtliminii, habetur ut natus in civitate, utique vivo avo natus eſt. Qui eſt caſus legis Vellejæ.

Mihi videtur, hanc ſpeciem pertinere potius ad ſententiam Juliani, qui capita legis Vellejæ commiſcuit: nepos enim hic, quamvis verum ſit ex poſtliminio fingi in civitate natum, tamen non eſt natus ſuus, utpote qui a Scævola natus dicitur viventibus patre & avo. Itaque deinde poſt mortem patris factus eſt ſuus avo adhuc vivo. Primum autem caput legis Vellejæ eſt de poſtumo, qui vivo avo ſuus naſcitur: ergo ad illud hic caſus non pertinet, ſed ad ſententiam Juliani, qui docuit valere inſtitutionem nepotis, qui vivo patre, & avo naſcitur, ſed mox mortuo patre, vivente avo fit ſuus.

Secundo, quod attinet ad *d.* §. *& quid ſi tantum*, *cum ſeq.* prænotanda ſunt duo diſcrimina inter formulam Galli, & alterum caput legis Vellejæ: primo Gallum loqui de tempore naſcituro poſt avi mortem, Vellejum vero ſermonem habere de nepote, qui tempore teſtamenti natus ſit: Secundo a Gallo non commemorari, niſi unum caſum mortis filii inſtituti, verbis illis, *Si filius vivo me morietur*, nihil vero haberi de interdictione aquæ & ignis, de emancipatione, de ſervitute, aut de aliis modis, quibus filius de medio tolli poſſit: e contrario in lege Velleja hos omnes caſus comprehendi, non quidem ſigillatim, ſed verbis illis generalibus, *Si quis ex ſuis heredibus ſuus heres eſſe deſierit.*

Quæ-

Quæſitum ergo eſt, quid dicendum ſit in caſu Galli, ſi filius non moriatur, ſed vivo avo interdictus e. g. ſit aqua, & igni? quid ſi filius tempore conditi teſtamenti reperiatur captivus, & in captivitate obeat poſt teſtatoris mortem? Et I. Scævola ait, hos caſus a Gallo omiſſos, non poſſe trahi ad alterum caput legis Velleja, quæ licet generatim dicat, *Suus heres eſſe deſierit*, tamen loquitur de nepote jam nato tempore teſtamenti, non de nepote poſt avi mortem naſcituro, qui eſt Galli Aquilii caſus. II. addit, hos eoſdem caſus deportationis, captivitatis, & ſimiles, eſſe admittendos in formula Galli, ex ſententia tamen legis Velleja.

Quæ verba DD. vulgo ita accipiunt, ut in formula Galli caſus mortis expreſſus, porrigatur ad ceteros caſus non expreſſos, interdictionis aquæ & ignis, captivitatis, & ceteros, qui ſimiles caſui mortis ſunt. Verius tamen eſt, quod tradit Faber *loc. cit.* nempe a Scævola id tantum ſtatui, quod ſicut in lege Velleja generatim dictum eſt, *Suus heres eſſe deſierit*, ita in conſilio Galli, immutata antiqua formula, poſſit dici generatim, *Si filius vivo me ſuus heres eſſe deſierit*, aut ſimili modo. Non ergo vult Scævola ſub caſu mortis comprehendi alios caſus; ſed a formula Galli poſſe tolli caſum ſpecialem mortis, & in ejus locum ſubſtitui verba generalia, ea ſcilicet, quæ ſunt in lege Velleja. Conſtat hoc ex ipſo Scævola, qui tandem in §. *quod ſi is*, docet formulam Galli ita concipere, *Nepos qui mihi poſt mortem ſuus naſcetur*: vel etiam generalius, *Quicumque natus fuerit, heres eſto, ſi ſuus heres naſcetur*.

Itaque ſi teſtator non utatur hac Scævolæ formula, ſed adhibeat verba Galli dicenda, *Si filius vivo me morietur*; & accidat filium de medio tolli per deportationem, utique nepos non intelligetur inſtitutus, & naſcendo tanquam præteritus, rumperet teſtamentum. Ratio eſt, quia caſus expreſſus non comprehendit omiſſum, *l. commodiſſime ff. eod. l. pater Severinam ff. de conditionib. & demonſtrationib.* Verum de tota hac re latius diſputavimus ſupra, cum vidimus; utrum ſubſtitutio vulgaris in unum caſum concepta, trahi poſſit ad alterum.

Fragmentum repertum in Authographo.

Filium non ſemper ſtatim ſuum heredem eſſe.

QUamvis regula ſit, filios ſtatim a morte patris ſuos heredes eſſe, *l.* 1. §. *qui ſunt ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti*, *l. ſi in ſuis ff. de liber. & poſt.* Quod verum eſt, etſi jure Prætorio abſtineant; nam Prætoris beneficium non tollit jus ſui, licet tollat jus neceſſarii heredis, *l. cum quaſi* §. *ſed etſi ff. de fideic. lib.* tamen aliquando non ſtatim ſuus heres eſt, ut conſtat ex *l.* 1. §. *ſi pater* 1. *ff. ad Sylanianum*, ubi ſi *Poſt mortem patris filius, antequam ſuus ei heres exiſtat, occiſus fuerit*, quæſtio de ſervis paternis haberi poteſt; nam licet non fuerit ſuus heres, tamen erat futurus, & SC. Sylanianum plenius accipiendum eſt. Ita ibi ex Scævola Ulp. docet.

Hoc Scævolæ reſponſum multos torſit, qui putant, filium ſemper ſtatim a morte patris ſuum heredem intelligi. Sed recte Joſephus Santolaria *interpretat.* 11. docet, multos in jure noſtro extare caſus, in quibus filius ſuus heres non ſtatim exiſtit, poſt Bart. in *l. fin. ff. de condit. inſtit. ex num.* 5.

I. Si filius jam natus inſtitutus ſit ſub ea conditione, quæ in arbitrio & poteſtate ejus eſt; id enim licite fieri poteſt, & filius conditionem non adimplendo, ſubmovetur ab hereditate patris: ſecus ſi adimpleat, & eam adimplere poteſt, donec vixerit, *l.* 4. *ff. de hered. inſt. l. fin. ff. de condit. inſtit.* Dixi, filius jam natus; nam poſtumus ſub nulla conditione inſtitui poteſt, *l. cum poſtumus ff. de lib. & poſt.* Et ratio eſt, quia conditio, ut in poteſtate inſtituti, talis debet eſſe naturæ, ut facile poſſit impleri, *d. l.* 4. §. *pen.* at nulla eſt conditio tam facilis, quæ a poſtumo recenter nato queat impleri.

Itaque filius ita inſtitutus, antequam conditionem impleat, ſuus heres non eſt, & medium tempus eſt vacuum.

II. Quando Filius eſt exheredatus; donec enim heres inſtitutus deliberat, tempus vacuum eſt. Ponas enim heredem repudiare, filius tunc ſuus heres patri ab inteſtato eſt, *l.* 1. §. *ſciendum ff. de ſuis & legit. l. reſcripto* 6. *ff. unde liberi*, *l. filium* 20. *ff. de bonorum poſſeſſ. contra tab.*

III.

Digitized by Google

III. In poſtumo, quo in utero manente, tempus vacuum eſt, cum interim nihil ei lex deferat, & hereditatem conſervat in tempus nativitatis, *l. 3. ff. ſi pars hereditatis petatur*, *l. cum quidam 30. §. ſuum ff. de acq. hered.* itaut ſi vivus in lucem non prodeat, teſtamentum non rumpat, *l. quod certatum C. de poſtumis l. ventre ff. de acq. hered. l. ſi filius ff. de lib. & poſt.*

Objicies: in ſuis heredibus nulla hereditas eſt, Paulus *l. in ſuis 11. ff. de lib. & poſt.* ubi in ſuis heredibus nulla videtur hereditas fuiſſe, quaſi jam olim domini fuiſſent; quare hi hereditatem non percipiunt; ſed magis liberam bonorum adminiſtrationem, *l. 2. §. ult. ff. pro herede*, *l. 1. §. 1. ff. pro donato*.

Verum in verbis Pauli attendendum eſt verbum illud, *Videatur*, ait enim: *In ſuis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem producere, ut nulla videatur hereditas fuiſſe*. Nam verbum *videri*, improprietatem denotat. Vel dici poteſt, id regulam eſſe, non axioma, ne Paulus ſibi ipſi contradicat, qui alibi in ſuis heredibus hereditatem eſſe docet; nam in *l. antiquitas ff. ſi pars hereditatis*, libero ventri integra reſervari jura hereditatum ait.

Hæc habet Authographum.

FINIS SECUNDI TOMI.

2510187 D

B.5 3.427

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google